Zeitweise Unzulässigkeit des Rechtswegs bei Verfolgung von Ansprüchen gegen den Fiskus nach Art. 2 bayer. AG. zur CPO. und KO.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung

der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Armin Knab,

Rechtspraktikant aus Kitzingen.

München 1905

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Zeitweise Unzulässigkeit des Rechtswegs bei Verfolgung von Ansprüchen gegen den Fiskus nach Art. 2 bayer. AG. zur CPO. und KO.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung

der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Armin Knab,

Rechtspraktikant aus Kitzingen.

München 1905

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Referent: Prof Dr. Ernst Jaeger.

Seinen lieben Eltern

zugeeignet

vom Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung.[1]

Erfahrungsgemäß bereiten solche Gesetzesvorschriften der Auslegung die größten Schwierigkeiten, welche als Ueberbleibsel vergangener Perioden in eine neue Zeit mit neuen Gesetzen hineinragen. Dieses Nebeneinander von alt und neu macht sich gerade jetzt in der bedeutsamen Epoche der Reichsgesetzgebung bemerkbar. Der Umstand, daß die Gesetzgebung der Gliedstaaten eine gesonderte Entwicklung genommen hatte, bis sich dieselben zum Reich zusammenschlossen, brachte es mit sich, daß bei einer einheitlichen Reichsgesetzgebung doch auf die partikuläre Rechtsgestaltung der Einzelstaaten Rücksicht genommen werden mußte, daß durch Ermächtigungen altes Recht erhalten und örtliche Verschiedenheiten gewahrt werden mußten. Demgemäß sind gerade die Ausführungsgesetze der Einzelstaaten zu Reichsgesetzen eine ergiebige Fundgrube für juristische Probleme, die meist eine eminent praktische Bedeutung haben, weil ja gerade die landesrechtliche Vorschrift vor dem Reichsrecht Anwendung findet.

Zu den Bestimmungen des bayerischen Landesrechts, deren Auslegung sich besondere Schwierigkeiten entgegenstellen, gehört Art. 2 des bayer. AG. zur CPO. und KO. Man kann zwar nicht behaupten, daß seine Bedeutung lebhaft umstritten sei. Dafür fehlt es auf dem Gebiete des bayerischen Landesrechts zu sehr

[1] Häufig zitierte Werke: Gönner, Kommentar zum Gesetz vom 22. Juli 1819. — Wendt, Handbuch des bayer. Civilprozesses 1835. — Mosthoff, Die erläuterte bayer. Gerichtsordnung, Würzburg 1836. — J. A. Seuffert, Kommentar über die bayer. Gerichtsordnung, Erlangen (1. Aufl.). — Pemsel, Die Civilprozeßordnung und deren Nebengesetze in Bayern 1879. — Böhm, bayr. AG. zur CPO. und KO. 1889. — Schierlinger, Anhang zu Gaupp-CPO., die auf den Civilprozeß bezüglichen Normen des bayr. Landesrechts 1893 und 1902. — Bonschab, in den Bl. für Rechtsanwendung 60. Jahrg. Nr. 25. — Rutz, in den Bl. für Rechtsanwendung 61. Jahrg. Nr. 10 und 11. — Becher, Das bayerische Landescivilrecht 1896. — Habel (früher Henle) bayr. AG. zur CPO. und KO. 1900. — Michaëlis, VI. Anhang zu Gaupp-CPO., die auf den Civilprozeß bezüglichen Normen des elsaß-lothringischen Landesrechts 1896. — Kommentare zur CPO.: — Gaupp-Stein 4. Aufl. 1901. — Seuffert 8. Aufl. 1902. — Struckmann-Koch 7. Aufl. 1900. — Petersen-Anger 4. Aufl. 1899. — Neumiller 1903. — Wilmowski-Levy 6. Aufl. 1892. — Reincke 2. Aufl. 1893. — Systeme der CPO.: Planck, Lehrbuch 1886 ff. — Wach, Handbuch 1885. — Jaeger, Grundriß zur Vorlesung über Civilprozeßrecht. — Seydel, Bayerisches Staatsrecht 1896. — Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1895/96.

an Streitern; aber immerhin läßt sich sagen, daß diejenigen Schriftsteller, die sich mit der genannten Vorschrift befassen, recht verschiedene Meinungen zutage gefördert haben, soweit sie sich nicht in gegenseitiger Abhängigkeit von einander befinden. Ebenso unsicher ist auch die Praxis bezüglich der Anwendung des Art. 2, wie sich aus den Urteilen bayerischer Gerichte ersehen läßt.

Der Art. 2 enthält eine fast hundert Jahre alte Vorschrift. Zu seinem Verständnis muß deshalb auf die historische Entwicklung zurückgegangen werden. Da der Inhalt der Vorschrift fast unverändert geblieben ist, können die früheren Gestaltungen derselben zur Auslegung ihrer gegenwärtigen Bedeutung benützt werden. Während der Inhalt der Vorschrift sich wenig geändert hat, ist dagegen das positive Recht, mit dem sie in Beziehung gebracht werden muß, total verändert. Daher bildet neben der Feststellung des Inhalts der Vorschrift die Angliederung an das moderne Recht, insbesondere an das Reichszivilprozeßrecht die Hauptaufgabe der Abhandlung.

I. Abschnitt.

Historische Entwicklung.

§ 2. Rechtsverfolgung gegen den Landesherrn (Fiskus) bis Anfang des 19. Jahrhunderts.

Die Idee vom allgewaltigen Staat hatte das Römerreich zum mächtigsten Staatsgebäude der alten Welt gemacht. Das deutsche Kaisertum übernahm diese Idee in bewußter Nachfolge der römischen Cäsaren. Aber die Entwicklung bis zum Ausgang des Mittelalters zeigt ein beständiges Schwächerwerden der Reichsgewalt; der Schwerpunkt der staatlichen Entwicklung ging immer mehr auf die Territorialstaaten über.

In diesen fehlt für die Entwicklung der Staatsgewalt die Anknüpfung an das römische Staatsgebilde. Die Vorstellungen von der Organisation des Gemeinwesens sind daher primitiv. Dem Untertan steht nicht ein Abstraktum „Staat" gegenüber, sondern die mit Hoheitsrechten ausgestattete Person des Landesherrn.

Die Landeshoheit als Summe der Hoheitsrechte steht dem Landesherrn aber nur zu für das gemeine Wohl. Wohlerworbene Rechte des einzelnen bilden daher normalerweise eine Schranke für die Ausübung der Hoheitsrechte. Ueber die Einhaltung der Grenzen der landesherrlichen Hoheitsrechte gegenüber dem Untertan wachen die Reichsgerichte.

Bei diesen können die Untertanen Schutz für ihre wohlerworbenen Rechte suchen. Hier können sie überhaupt ihre Ansprüche gegen den Landesherrn verfolgen. Vor den Reichsgerichten haben die Landesherrn ihren allgemeinen Gerichtsstand.

Vielfach beschränkt waren die Klagen gegen den Landesherrn aber durch Schiedsgerichte, die sogenannten Austrägalgerichte. Diese hatten dann in erster Instanz zu entscheiden, die Reichsgerichte in zweiter.[1] Da die Schiedsgerichte bei Klagen von Untertanen gegen den Fürsten vorzugsweise aus Mitgliedern des fürstlichen Rats gebildet waren, so zeigt sich darin die Tendenz, die Entscheidung

[1]) Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte 1902, S. 832.

durch ein ganz unabhängiges, gewissermaßen über dem Landesherrn stehendes Gericht solange zu verschieben, bis ein unter dem Einfluß des Landesherrn stehendes Schiedsgericht sich geäußert hat.

In Fällen, wo Austrägalgerichte nicht bestanden oder auf ihre Vorentscheidung verzichtet war, waren die Reichsgerichte, um mißbräuchliches Prozessieren zu verhüten, wenigstens angewiesen, auf Eröffnung des Prozeßverfahrens gegen die eigne Obrigkeit „nicht leicht zu erkennen", jedenfalls vorher Bericht von der Obrigkeit einzuholen.[1]) Die Tendenz dieser Vorschrift ist Vermeidung unnützer Prozesse gegen den Landesherrn.

Um welche Arten von Rechten es sich dabei handelte, war gleichgültig. Erst nach und nach begann man zu unterscheiden, ob der Landesherr als Inhaber seiner Hoheitsrechte oder als privatus verklagt wurde. An Stelle der Austrägalgerichte traten für Klagen gegen den Landesherrn als privatus, gegen die fürstliche Kammer oder gegen den landesherrlichen Fiskus die ordentlichen Landesgerichte. Die Befreiung von der früher üblichen Berufung an die Reichsgerichte wußten die mächtigen Landesherrn dem Kaisertum abzuringen.[2]) Die Reichsgerichte waren also für Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche gegen den Landesherrn ausgeschaltet.

Für Ansprüche gegen den Landesherrn als Inhaber seiner Hoheitsrechte dagegen wurden die Landesgerichte nicht zuständig. Mit dem Heraufkommen des Absolutismus werden die Grenzen der Hoheitsrechte zerstört, die Gewalt des Fürsten wird eine umfassende, sein Wille für die Untertanen verbindlich. Ein Belangen des Fürsten wegen Ueberschreitung von Hoheitsrechten ist damit ausgeschlossen, auch vor den Reichsgerichten.

Damit wird die Frage nach dem Charakter eines Anspruches wichtig. War der Anspruch ein zivilrechtlicher, so stand ihm die Rechtsordnung schützend zur Seite. Sah man ihn nicht als zivilrechtlich an, so war er der Rechtsordnung entzogen; der Wille der Obrigkeit war dann allein maßgebend. Dem Bedürfnis einer klaren Unterscheidung verdankt die eigentümliche Fiskuslehre des Polizeistaates ihre Ausbildung.

Der Fiskus tritt als Subjekt des Staatsvermögens neben den eigentlichen Staat. Er scheidet sich als juristische Person des Zivilrechts scharf von dem Staat als juristischer Person des öffentlichen Rechts. Der Fiskus ist ein dem Zivilrecht unterliegender Untertan. Der Staat als Träger der obrigkeitlichen Gewalt ist unabhängig vom Zivilrecht und den Zivilgerichten.

So war eine reinliche Scheidung erreicht, die dem absolutistischen Staatsbegriff sehr angemessen ist: der Staat befiehlt und zwingt unbeschränkt, ohne einem eigentlichen Recht oder Gericht unterworfen zu sein. Die zivilrechtlichen Folgen trägt der Fiskus. Es galt also Zivilrecht nicht bloß da, wo ein vermögensrechtliches Geschäft vorgenommen wurde, wie es jeder Private vornehmen konnte, sondern auch mit obrigkeitlichen Akten waren unmittelbar zivilrechtliche Wirkungen verknüpft: der Staat trifft mit seiner Befehlsgewalt den einzelnen in besonders harter Weise, der Fiskus schuldet die Vergütung. Damit war die Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen den Fiskus auf eine sehr breite Basis gestellt. Die Redensart: „Dulde und liquidiere!" zeigt deutlich, daß die Beschränkung der Untertanenfreiheit, welche der Polizeistaat durch seine

[1]) O. Mayer I, S. 35 f.
[2]) Vgl. Moser, Wahlkapitulation Josephs II., I. 2, S. 253; Schmelzer, Wahlkapitulation Franz II., S. 153; Häberlin, Staatsrecht Bd. II S. 460 ff.

unbeschränkte Befehlsgewalt mit sich brachte, wieder ausgeglichen wurde durch die weitgehende Möglichkeit, vom Fiskus Ersatz zu verlangen, überhaupt klagend gegen den Fiskus vorzugehen.

Die zur Zeit der Zuständigkeit der Reichsgerichte bemerkbare Tendenz, Klagen gegen den Landesherrn zu erschweren, war zurückgetreten. Denn die Klage ging jetzt gegen den Fiskus, also gegen eine selbständige juristische Person, die, derb ausgedrückt, zum allgemeinen Prügeljungen geworden war. Aber auch späterhin mit dem Heraufkommen des Rechtsstaats blieb die Möglichkeit der Rechtsverfolgung gegen den Fiskus in den meisten deutschen Staaten unbeschränkt und ungehemmt.

Die gegenteilige Tendenz findet sich im französischen Recht. In Frankreich hatte man jäh mit dem Absolutismus gebrochen. Die scharf durchgebildete Trennung der Gewalten begünstigte das Zustandekommen einer Vorschrift, welche die Rechtsverfolgung gegen den Staat vor den Gerichten nicht ohne weiteres zuließ. Die Vertretung des Staates als Vermögenssubjekt war Sache der Verwaltungsbehörden. Es sollte deshalb in den Fällen, in welchen der Rechtsweg nicht gänzlich verschlossen war, die Autorität der Verwaltungsbehörden nicht dadurch verletzt werden, daß ihr Gutachten gar nicht gehört wurde oder daß auf eine rechtsverletzende Verfügung einer Unterbehörde hin ohne weiteres geklagt wurde, ohne die höhere Verwaltungsbehörde zu hören. Aus diesen Gedanken heraus erklärt sich eine Vorschrift des französischen Gesetzes vom 5. November 1790, das auch in der Pfalz bis 1869 Geltung hatte.[1]) Es bestimmte nämlich in Tit. III Art. 15, daß gegen den Staat niemand eine Klage anstellen könne, ohne daß er sich vorher mit einer Vorstellung (mémoire) an das Direktorium des Distrikts (Unterpräfekt) zur Erstattung eines Gutachtens und demnächst an die Departementalverwaltung (den Präfekten) zur Bescheidung gewendet hat. Erst wenn binnen Monatsfrist keine Antwort erfolgt, darf vor Gericht Klage erhoben werden.[2]) Der Zwang besteht in der Androhung der Nichtigkeit.

Auch in Bayern entwickelte sich eine ähnliche Gestaltung. Allerdings trat diese nicht von Anfang an in gleichem Umfang in die Erscheinung wie das französische Gesetz. Vielmehr war die erste derartige bayerische Vorschrift, wie im folgenden gezeigt wird, nichts weiter als die Kodifikation eines Gebrauches, der durch gesetzliche Vorschrift aufrecht erhalten und wieder in Erinnerung gerufen werden sollte.

§ 3. **Bayerische Verordnung vom 4. Februar 1809.**

Nach der Organisation der Administrativbehörden, die immer eine Beschwerde von der untern Behörde zu der nächst höhern zuläßt, lag es nahe, in Fällen, wo eine administrative Unterbehörde einen Untertan verletzte, nicht sofort den Rechtsweg zu betreten, sondern erst an die vorgesetzte obere Behörde sich um Abhilfe zu wenden, um möglicherweise den weitwendigen Rechtsweg zu ersparen. Dies war möglich und vielfach üblich, aber nicht geboten. Der nachgiebige Gebrauch wurde zum unverbrüchlichen Gesetz durch die Verordnung vom 4. Februar 1809.

Diese Verordnung erging für das rechtsrheinische Bayern in Form einer

[1]) Ebenso galt natürlich in Elsaß-Lothringen das franz. Gesetz. Wortlaut der gegenwärtigen Fassung siehe S. 11 Anm. 4. Geschichte der elsäßischen Vorschrift vgl. Michaelis S. 11 f.

[2]) Vgl. Entsch. d. oberst. Gerichtshofs für Bayern (Zivilrecht) Bd. VII, S. 975.

allgemeinen Weisung an die Appellationsgerichte und wurde erst durch Einschaltung in eine andere Verordnung vom 17. Juni 1809, betreffend die Korrespondenzform zwischen Administrativ- und Gerichtsbehörden, im Regierungsblatt 1809, S. 1035, 1036 veröffentlicht. Letztere Verordnung[1] hatte die Erhaltung des Ansehens der ersten Kreisbehörden zum Ziele, das durch peinliche Einhaltung der vorgeschriebenen Korrespondenzformen z. B. des Befehlsstils gegenüber Unterbehörden erreicht werden sollte. Die Einschaltung der Verordnung vom 4. Februar ist deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn ihr Inhalt in der Hauptsache ähnlichen Zwecken diente. Daß dies der Fall ist, ergibt sich aus dem veröffentlichten Wortlaut:

„Durch eine unterm 4. Februar laufenden Jahres an sämtliche Appellationsgerichte erlassene allgemeine Weisung haben wir verordnet:

daß, wenn Wir schon unsern Untertanen, falls sie sich von den administrativen Unterbehörden an ihren Rechten gekränkt glauben und von der obern Administrativstelle keine Abhilfe erlangen, es nicht versagen, in Sachen, die zum Rechtsweg sich eignen, sich zur Verfolgung ihres Rechts an die Gerichtshöfe zu wenden und gegen unsern Fiskus aufzutreten, doch in solchen Fällen eine administrative Unterbehörde weder als Kläger noch als Beklagter vor Gericht stehen könne, noch habe sie den Fiskus gegen die Ansprüche der Untertanen selbst zu vertreten. Unsere Appellationsgerichte wurden daher angewiesen, sich aller direkten Weisungen an diese Unterbehörden zu enthalten und die gegen unsern Fiskus einkommenden Klagen oder Beschwerden auf dem durch Verordnungen bereits vorgezeichneten Wege behandeln zu lassen. Auf diese Art haben wir durch übereinstimmende Weisungen sowohl die Grenzen der Gewalt als die Formen der Kommunikation zwischen den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden festzusetzen versucht."

Man sieht, daß die Bestimmung, deren historische Entwicklung verfolgt werden soll, nämlich die Verpflichtung, vor Klagestellung gegen den Fiskus den Administrativweg zu betreten, zuerst in bescheidener Weise in einen Kondizionalsatz eingekleidet auftritt und keineswegs den Hauptinhalt der sie enthaltenden Verordnung bildet. Die Feststellung des Hauptinhalts der Verordnung vom 4. Februar 1809 in der am 17. Juni veröffentlichten Form ist aber um deswillen von Wichtigkeit, weil sich daraus ein Maßstab für die Auslegung der uns interessierenden Bestimmung ergibt.

Was die genannte Verordnung bezweckt, ist in ihrem Schlußsatz zusammengefaßt: „Auf diese Art haben wir" usw. Die „Grenzen der Gewalt" beziehen sich darauf, daß administrative Unterbehörden den Fiskus vor Gericht nicht vertreten können, die „Form der Kommunikation" auf das Verbot direkter Weisungen an administrative Unterbehörden. In dieser Zusammenfassung wird also die Vorschrift, daß der durch Unterbehörden gekränkte Untertan sich zuerst an die obere Administrativstelle wenden müsse, nicht erwähnt. Demnach war diese Bestimmung kaum eine eingreifende Neuerung. Diese Ansicht wird bestätigt durch die Motivierung, die der Verordnung vom 4. Februar 1809 später unterlegt wurde in den Verhandlungen der Kammer der Reichsräte von 1819 (S. 55): „Man konnte nicht mißkennen", heißt es hier, „daß in früheren Zeiten viele Rechtsstreite gegen Beschlüsse untergeordneter Behörden bloß deshalb stattfanden, weil die Beteiligten vor Beginn des Streites sich nicht an die nächste höhere

[1]) Regbl. 1809, S. 1033.

Administrativstelle um gütliche Ausgleichung wenden mochten. Es wurde nachgewiesen, wie nachteilig dieser Umstand selbst auf den Wohlstand mancher Untertanen wirkte usw. Daraus ist ersichtlich, daß auch vor 1809 es möglich und üblich war, sich erst an die höhere Verwaltungsbehörde zu wenden, daß es aber mangels einer Vorschrift vielfach unterlassen wurde.[1])

Das Urbild des Art. 2 AG. z. CPO. enthielt also keine umwälzende Neuerung, sondern trat als gesetzliche Sanktion eines nicht ungebräuchlichen Verfahrens in Erscheinung.

Die Vorschrift der Verordnung von 1809, daß vor Betretung des Rechtsweges Abhilfe bei der oberen Verwaltungsstelle gesucht werden muß, beschränkt sich auf die Fälle, daß von einer unteren Administrativbehörde eine rechtskränkende Verfügung erging, also z. B. von einem Landgericht, einem gutsherrlichen Gericht oder einem Forstamt. Es scheiden also an sich die Fälle aus, daß eine höhere Administrativstelle das Recht eines Untertanen verletzt. Daraus folgt aber nicht, daß nicht auch bei Rechtsverletzung durch Mittelstellen zuvor an die entsprechende höchste Stelle gegangen werden konnte, bevor man den Rechtsweg beschritt. Es war nur nicht vorgeschrieben.

Völlig klar ist nach dem Wortlaut „von der oberen Administrativbehörde" (Singularform!), daß nur eine einzige Behörde um Abhilfe ersucht werden mußte, und zwar mußte dies die nächst höhere Behörde sein. Im Normalfall war der Instanzenzug folgender: Unterbehörde — Regierung — Ministerium. Wäre mit der „obern Administrativbehörde" das Ministerium gemeint, so wäre die Regierung übergangen, von der doch auch Abhilfe kommen konnte. Ganz unbegründet wäre ferner die Ansicht, daß sämtliche Verwaltungsinstanzen durchlaufen werden müßten. Dem widerspricht der Wortlaut; außerdem wäre eine so weittragende Neuerung kaum in einem bedingenden Nebensatz einer Verordnung ausgesprochen worden, deren Hauptzweck die Ordnung gewisser Korrespondenzformen bildete.

Festzuhalten ist, daß zwei Behörden sich geäußert haben müssen, eine untere, welche die rechtsverletzende Verfügung erläßt, und eine obere Administrativstelle, welche um Abhilfe angegangen wird. Dieses Verhältnis ist in den späteren Formulierungen der Vorschrift nie mehr so klar ausgesprochen wie in der Verordnung von 1809, deren Wortlaut und Sinn aber zur Auslegung der späteren gleichartigen Vorschriften mit gutem Recht beigezogen werden darf.

Die besprochene Verordnung will selbstverständlich keine Neuerung bezüglich der Verklagbarkeit des Fiskus bringen, sondern verweist auf das geltende Recht: „in Sachen, die (nach geltendem Recht) zum Rechtsweg sich eignen". Diese Wendung ergibt den einen Gesichtspunkt für die Abgrenzung des Anwendungsgebiets der Vorschrift, der andere Gesichtspunkt ergibt sich daraus, daß eine rechtskränkende Verfügung einer Unterbehörde vorliegen muß. Gegenstände, auf welche sich die Verordnung vom 4. Februar 1809 bezieht, sind demnach alle administrativen, den Unterbehörden zugewiesenen Sachen unter Voraussetzung der gerichtlichen Verfolgbarkeit.[2])

---

[1]) Im dem erst 1814 zu Bayern gekommenen Untermainkreis, wo die Verordnung von 1809 nicht publiziert war und infolgedessen nicht galt, war die Praxis bis 1819 diese, daß die Bittsteller, welche Abhilfe von der unterbehördlichen Verfügung anstrebten, sich zunächst an das Generalkreiskommissariat (seit 1817 Regierung) wenden mußten, bevor ihnen der Rechtsweg offen stand (vgl. St. Verh. 1819 Bd. IV S. 197).

[2]) Beispiele siehe St. Verh. 1819, K. d. Abg., Bd. IV S. 124 (Störung einer Weidegerechtigkeit durch das Kgl. Hofkastenamt [später Forstamt]).

Der Zweck der Verordnung ist ohne weiteres ersichtlich. Es sollen unnütze Prozesse gegen den Fiskus dadurch vermieden werden, daß vor Klagerhebung erst bei einer höheren Administrativbehörde Abhilfe gesucht wird. In vielen Fällen wird eben die höhere Behörde unter gerechter Würdigung der Sachlage die rechtskränkende Verfügung der Unterbehörde aufheben. Mag nun dieser Zweck die Vorschrift rechtfertigen oder nicht, jedenfalls liegt eine Privilegierung des Fiskus vor. Denn während man einen Privatmann jederzeit ohne weiteres verklagen kann, wird bei gewissen Klagen gegen den Fiskus der Rechtsweg eine Zeitlang verschlossen und auf eine Etappe des Verwaltungswegs verwiesen. Darin konnte eine empfindliche Schädigung des Untertanen liegen, umsomehr die Verordnung keine Frist setzte, nach deren ergebnislosem Verstreichen der Rechtsweg betreten werden könnte. Dazu kam, daß die Verwaltungsbehörden vielfach die Eingabescheine verweigerten und so der geschädigte Untertan nicht einmal einen Beleg für sein Abhilfegesuch in Händen hatte. Das Schlimmste aber war eine völlig falsche Auslegung des Inhalts der Vorschrift durch die Praxis. Dem klaren Wortlaut derselben entgegen wurde verlangt, daß der gekränkte Untertan alle Instanzen des Verwaltungswegs bis zum Finanzministerium durchlaufen und überall abschlägige Antwort erhalten haben müsse, bevor er den Rechtsweg betreten könne.[1]) Die genannten Mißstände heischten Abhilfe. Diese kam im Gefolge der Verfassung.

§ 4. § 9 des Gesetzes vom 22. Juli 1822.

Das Edikt der Ständeversammlung[2]) ermöglichte die Bildung eines Ausschusses zur Untersuchung und Entgegennahme von Beschwerden. Voraussetzung der Annahme von Beschwerden war aber, daß der Beschwerdeführer seine Angelegenheiten bereits bei den obersten Behörden vorgebracht hatte und darüber Bescheinigung beibringen konnte.[3]) Es wären demnach Fälle, in denen jemand einen Anspruch gegen den Fiskus durch alle Administrativinstanzen, wie es die fälschliche Praxis verlangte, verfolgt hatte, zur Beschwerde geeignet gewesen, falls die materiellen Voraussetzungen zur Beschwerde vorlagen. Tatsächlich erteilten aber die Ministerien fast niemals Empfangsscheine, da eine diesbezügliche Vorschrift fehlte, so daß gewöhnlich die erforderlichen Belege für die Beschwerde bei der betreffenden Kommission der Ständeversammlung nicht beigebracht werden konnten. Der Ausschuß glaubte sich daher rechtfertigen zu müssen, daß die meisten Beschwerden nicht der Versammlung vorgelegt werden konnten. So kam es, daß die Verordnung vom 4. Februar 1809 die Ständeversammlung beschäftigte.

Bei den diesbezüglichen Verhandlungen blieb man irrtümlicherweise der Ansicht, die bisherige Vorschrift verlange, daß vor der Klagerhebung gegen den Fiskus erst sämtliche Administrativinstanzen angegangen werden müßten. Man schloß sich eben an die Praxis an. Es wurden Stimmen laut, welche auf gänzliche Abschaffung der Bestimmung drangen, da sie eine Privilegierung des Fiskus enthalte, Verzögerung des Rechtsweges und Kosten für Gesuche an die Verwaltungsbehörde herbeiführe. Man entschied sich aber endlich für Beibehaltung, jedoch

---

1) In diesem Sinne lautet z. B. eine Entscheidung des Kgl. Oberappellationsgerichts vom 10. März 1818.

2) Ed. d. St. Verh. Tit. II Abschn. III § 25.

3) Ed. d. St. Verh. Tit. II Abschn. III § 33.

unter Abänderungen: Es solle deutlich ausgesprochen werden, daß nur eine höhere Behörde angegangen werden müsse, ferner solle nach vergeblichem Ablauf einer Frist von 30 Tagen der Beschwerdeführer ohne weiteres den Rechtsweg beschreiten können. Bezüglich der Erteilung der Empfangsbescheinigungen begnügte man sich mit einem Versprechen des Ministeriums, in diesem Punkte Aenderung eintreten zu lassen.[1]) Die Kammer der Reichsräte stimmte mit einigen Modifikationen bei: Statt von Abänderung der Verordnung von 1809 solle man von Erläuterung sprechen, ferner sei die 30 tägige Frist auf sechs Wochen zu erweitern.[2]) Es wurde den Vorschlägen der Ständeversammlung königliche Genehmigung erteilt und diese veränderte Bestimmung in das Gesetz vom 22. Juli 1819, betr. einige Verbesserungen der Gerichtsordnung, aufgenommen.[3]) Im VI. Titel dieses Gesetzes, der von fiskalischen Prozessen handelt, lautet § 9 folgendermaßen:

„Die Verordnung vom 4. Februar 1809 wird dahin erläutert, daß derjenige, welcher sich durch den Kgl. Fiskus an seinen Rechten gekränkt glaubt, bloß verbunden ist, vor der gerichtlichen Verfolgung seines Rechts wegen Abstellung der Beschwerde an eine und zwar die zunächst einschlägige obere Administrativbehörde sich zu wenden und deren Entscheidung zu erholen, wobei aber, wenn diese Entschließung binnen sechs Wochen nicht erfolgt, dieselbe als abschlägig angenommen und die Einschreitung im Rechtsweg nicht mehr gehindert sein soll.

Die oberen administrativen Behörden haben über dergleichen Vorstellungen um Abstellung der Beschwerde den Beteiligten die Empfangsscheine unweigerlich und unentgeltlich auszufertigen."

Es wird also eine Legalinterpretation gegeben, die zwar unter allen Umständen bindende Kraft hat, aber trotzdem zunächst eine Abänderung nicht enthalten will. Dadurch wird bestätigt, daß die bisherige Auslegung durch die Praxis, es seien sämtliche Instanzen des Verwaltungswegs durchzumachen, eine falsche war. Während die Verordnung von 1809 verlangt, daß der Betretung des Rechtswegs ein abschlägiger Bescheid der Verwaltungsbehörde vorausgehe, gibt jetzt eine unwiderlegbare Rechtsvermutung die Möglichkeit, nach sechs vergeblich verstrichenen Wochen ohne weiteres zu klagen. Diese Bestimmung dient dem Interesse des Verletzten, indem sie das Maximum der Verzögerung festlegt, dem Interesse der Verwaltungsbehörden, insofern diese gar nicht zu antworten brauchen, wenn sie abschlägig entscheiden wollen. Die Vorschrift über die Erteilung der Empfangsscheine war trotz des Versprechens des Ministeriums nicht überflüssig und bewies die Liberalität der Regierung, die diesen Zusatz gemacht hatte; denn einerseits wirkt eine gesetzliche Vorschrift doch zuverlässiger als ein ministerielles Versprechen, andrerseits waren außer den Ministerien doch zumeist andere Verwaltungsbehörden anzugehen, die durch ausdrückliche Vorschrift nun ebenfalls gebunden waren. Die unweigerliche Erteilung der Empfangsscheine hatte den Zweck, daß nach vergeblich verstrichenen sechs Wochen dem Gericht sofort der Nachweis der gesuchten Abhilfe erbracht werden konnte.

Eine über den Rahmen einer bloßen Legalinterpretation hinausgehende Erweiterung der Verordnung von 1809 liegt darin, daß die Vorschrift nicht nur bei Kränkungen durch administrative Unterbehörden Anwendung findet,

---

[1]) Vgl. St. Verh. 1819, K. d. Abg., Bd. IV S. 124 ff., 196 mit 316, 390, 445; Bd. V S. 3, 100, 101.

[2]) St. Verh. 1819, K. d. R., S. 27, 50, 334.

[3]) Von den Verhandlungen über dieses Gesetz vgl. St. Verh. Bd. XIV S. 621 D.

sondern allgemein bei Rechtskränkungen „durch den Kgl. Fiskus". Da der Fiskus von sämtlichen Verwaltungsbehörden nach Maßgabe ihres Geschäftskreises vertreten wird, so muß jetzt auch bei Verfügungen höherer Verwaltungsstellen erst Abhilfe gesucht werden. Nur bei Verfügungen der höchsten Verwaltungsstelle ist selbstverständlich der Rechtsweg ohne weiteres zulässig, weil keine höhere Behörde angegangen werden kann.[1])

Die Wendung: „durch den Kgl. Fiskus in seinen Rechten gekränkt", setzt immer eine Verweigerung oder Verletzung eines Rechts durch eine Behörde voraus, also eine Handlung einer Behörde, für die der Fiskus einsteht. Denn der Fiskus kann nur „handeln" durch die ihn vertretenden Behörden. Insbesondere kann die bloße Tatsache eines irgendwie gegen den Fiskus entstandenen Anspruchs nicht als Kränkung durch den Fiskus aufgefaßt werden, sondern erst die Befriedigungsverweigerung durch die entsprechende Verwaltungsbehörde. Es ist also wiederum festzuhalten: Die Verletzung des Untertanen geschieht durch irgend eine relativ untere Verwaltungsbehörde, der Gekränkte muß sich an die zunächst (= gleich nach der Unterbehörde) einschlägige (= zuständige) obere (= höhere) Administrativstelle um Abhilfe wenden.

Die Gegenstände, die unter § 9 fallen, lassen sich nach den gleichen Gesichtspunkten abgrenzen wie schon für die Verordnung von 1809, nur in erweitertem Maßstab. Gönner[2]) bezeichnet als solche: „alle administrativen Gegenstände, sofern darüber der Kgl. Fiskus in gerichtlichen Anspruch genommen werden kann, also vorzüglich finanzielle Sachen; doch sind unter der gedachten Voraussetzung auch andere Gegenstände nicht ausgeschlossen." J. A. Seuffert[3]) gibt Beispiele dazu: „finanzielle Sachen: Lehensrechte, grundherrliche Rechte, Zehent-, Domanialgefälle; andere administrative Sachen, welche die Wahrung der Kirchen- und anderer Hoheitsrechte betreffen und dem Ressort der Stellen für innere Verwaltung anheimfallen: Ausübung des Patronatsrechts, der Gerichtsbarkeit, Entschädigung für Einziehung von Gewerbeprivilegien." Diese Aufzählung zeigt, daß das Anwendungsgebiet des § 9 doch als ziemlich beschränkt aufgefaßt wurde. Denn es ist einerseits nicht des Falles gedacht, daß der Fiskus aus einem privatrechtlichen Rechtsgeschäfte, wie es jeder Privatmann schließen kann, z. B. aus einem Kaufvertrag Schuldner wird, ferner nicht der Fälle, in denen der Fiskus kraft Gesetzes ohne vorausgegangene rechtsverletzende Handlung einer Verwaltungsbehörde verpflichtet wird: z. B. bei Schuldenhaftung aus einer dem Fiskus angefallenen erblosen Hinterlassenschaft. Letztere Fälle waren allerdings unter der Herrschaft des gemeinen Rechts viel seltener wie jetzt unter der Herrschaft des BGB. So bestand beispielsweise nach gemeinem Recht eine allgemeine Haftung des Staates für Amtspflichtverletzungen der Beamten nicht.[4]) Es entfällt also die Frage, ob in diesem Falle § 9 anzuwenden gewesen wäre.

Es sei ferner ein kurzer Ueberblick gegeben über die wissenschaftliche Auffassung der prozessualen Bedeutung des § 9. Gönner übergeht die Frage, wie die Nichtbeachtung des § 9 prozessual wirkt. Wendt[5]) spricht von einer

[1]) So auch Gönner S. 125, J. A. Seuffert Bd. II S. 105.
[2]) S. 127.
[3]) Bd. II S. 106c.
[4]) Endgültig nachgewiesen von Piloty in den „Annalen des Deutschen Reichs" 1888 S. 245.
[5]) Bd. I S. 343.

„besonderen Bedingung für die Zulassung einer Klage gegen den Fiskus"; der Richter sei verpflichtet, die Klagen zu prüfen und wenn sie nach gewissen gesetzlichen Verhältnissen schon an sich unzulässig seien, zurückzuweisen.[1]) Aus dieser Ausdrucksweise ist eine Eingliederung unter die möglichen Arten von Einreden bei dem damaligen Mangel einer klaren Systematik nicht möglich. Erst seit der Novelle von 1837, die neue Vorschriften über Einreden (§ 24 ff.) bringt, finden sich bestimmtere Fassungen. J. A. Seuffert[2]) bezeichnet die erfolglose Betretung des Administrativwegs unter Berufung auf einen Plenarbeschluß des Oberappellationsgerichts v. 8. Nov. 1838[3]) als Vorbedingung für die gerichtliche Verfolgung des Rechts des Klägers, aus deren Mangel eine dilatorische Einrede für den Vertreter des Fiskus erwächst, welche von der Einlassung nicht befreit.[4]) Hiemit ist zum ersten Male klar ausgesprochen, welche Bedeutung der § 9 des Gesetzes v. 1819 hat. Es wurde demnach nicht angenommen, daß eine gerichtsablehnende Einrede vorliege, die sich der modernen Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs nähern würde. Indessen darf die Bedeutung dieses Umstands für die spätere Untersuchung der rechtlichen Natur der behandelten Vorschrift nicht überschätzt werden. Denn die gerichtsablehnende Einrede des älteren Zivilprozesses deckt sich durchaus nicht völlig mit der modernen Einrede des unzulässigen Rechtswegs. Wichtiger als die Eingruppierung in historisch gewordene Unterscheidungen ist es daher, die Ausdrucksweise Seufferts festzuhalten: „vorgängige Durchführung des Administrativwegs,[5]) vorgängige erfolglose Betretung des Administrativwegs"[6]), woraus ersichtlich ist, daß schon damals das Abhilfesuchen bei der höheren Verwaltungsstelle als Inanspruchnahme rein verwaltungsmäßiger Tätigkeit betrachtet wurde.

§ 5. Art. 176 der Bayer. CPO. von 1869 und Zustandekommen des Art. 2 bayer. AG. zur CPO. und KO.

Die in § 9 des Ges. v. 1819 enthaltene Vorschrift hat sich in ihrem wesentlichen Inhalt gegenüber zwei höchst bedeutsamen Veränderungen des Prozeßrechts erhalten, gegenüber der Bayer. CPO. von 1869 und gegenüber dem neuen Reichszivilprozeßrecht.

Das wichtige bayer. Gesetzeswerk von 1869, das an die Stelle zerstreuter Vorschriften und Novellen ein von einheitlichen Prinzipien geleitetes Zivilprozeßrecht setzte, nahm mit einer Reihe älterer Normen auch die Bestimmung des § 9 des Ges. v. 1819 herüber. Die Fassung derselben im Entwurf bedeutet nichts weiteres als eine der modernen Gesetzessprache angemessene Redaktion der weitläufigen in naiveren Wendungen gehaltenen älteren Vorschrift.[7]) Die Landtagsverhandlungen bieten keine bemerkenswerten sachlichen Erörterungen, nur einige Abänderungen des Wortlauts wurden gemacht, welche völlige inhaltliche Uebereinstimmung

[1]) Vgl. Mosthoff (1836) in § 158: „Ohne Erfüllung der Vorschrift darf eine Klage bei Gericht nicht angenommen werden."

[2]) Bd. II S. 112.

[3]) RegBl. v. 1838 S. 645.

[4]) Ebenso Rottmann, Bayer. Civilpr. (1855): „Einrede der verfrühten Klage."

[5]) Bd. II S. 8.

[6]) Bd. II S. 106.

[7]) Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten Art. 152.

stimmung mit dem Urbild von 1819 herbeiführen sollten.[1]) Der Referent des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Reichsräte schlug vor, als für alle Fälle anzugehende Behörde die Kreisregierung in das Gesetz einzustellen in Anlehnung an die pfälzische Vorschrift. Dies wurde abgelehnt, weil die Kreisregierung doch nicht in allen Fällen zuständig ist, und es blieb bei der gegebenen Fassung, die als Art. 176 in das Gesetz aufgenommen wurde. Sie lautet mit den durch die Verhandlungen herbeigeführten Veränderungen:

„Ansprüche gegen den Kgl. Fiskus können erst dann gerichtlich verfolgt werden, wenn der Beteiligte sich an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle um Abhilfe gewendet und entweder eine abschlägige oder innerhalb sechs Wochen gar keine Entschließung erhalten hat, unbeschadet jedoch der Anträge auf Erlassung von Vorsichtsverfügungen.

Die betreffenden Verwaltungsstellen haben über dergleichen Gesuche den Beteiligten die Empfangsscheine ungesäumt und unentgeltlich auszufertigen."

Der Inhalt der alten Vorschrift sollte durch die Neufassung nicht verändert werden. Das ergibt sich aus dem Fehlen diesbezüglicher Bemerkungen in den Verhandlungen. Auch die Wissenschaft scheint dieser Ansicht gewesen zu sein. Die Ausführungen Schmitts[2]) über den Art. 176 decken sich mit den Bemerkungen J. A. Seufferts (1841) zu § 9 d. Ges. v. 1819 völlig. Auch Barth[3]) bringt nichts Neues.

Durch das Ges. v. 1869 war die pfälzische Bestimmung von 1790 aufgehoben, da die Bayer. CPO. auch für die Pfalz Geltung hatte.

Als das Reich von dem ihm in Art. 4 Nr. 13 der Reichsverf. vorbehaltenen Rechte, das gerichtliche Verfahren gesetzlich zu regeln, Gebrauch machte, ergab sich für Bayern die Notwendigkeit, diejenigen Bestimmungen der Bayer. CPO., welche aufrecht erhalten werden durften und sollten, dem Reichsrecht anzugliedern. Dieses geschah im AG. z. CPO. und KO. Auch der Art. 176 der Bayer. CPO. wurde beibehalten und ging auch dem Wortlaut nach fast unverändert als Art. 2 in das neue Gesetz über.[4])

Hervorzuheben ist die Angabe des Zweckes der Vorschrift des Art. 2 in den Motiven:

„Diese Vorschrift trägt den Interessen der Staatsverwaltung dadurch Rechnung, daß sie Gelegenheit bietet, ungerechtfertigte Verfügungen der Unterbehörden außer Kraft zu setzen, ohne daß es auf einen Prozeß gegen den Fiskus anzukommen hat; anderseits erweist sich dieselbe auch für den Rechtsuchenden als wohltätig, da sie in vielen Fällen Abhilfe auf dem Administrativweg herbeiführt und somit auch ihm den kostspieligen und weitwendigen Rechtsweg erspart."

---

[1]) Vgl. Verh. d. K. d. Abg. 1863/65, Beil. Bd. II Abt. 1 Beil. D S. 259, Abt. 2 Beil. E S. 71, 72; Prot. d. Gesetzgebungsaussch. d. Abg. Beil. Bd. III Abt. 1 S. 249, 250, 284, Abt. IV S. 38; Verh. d. K. d. R. Beil. Bd. I S. LXXI (Referat d. Gesetzgebungsaussch.), Verh. d. K. d. R. Bd. I S. 328—330 (Prot. d. Gesetzgebungsaussch.).

[2]) Schmitt, D. Bayr. Civilpr. (1870) I S. 490/91.

[3]) Barth, Kommentar z. Bayer. CPO. (1869) Art.176.

[4]) Vgl. § 2 des Elsaß-Lothr. AG. z. CPO. und KO.: „Die Erhebung einer gerichtl. Klage gegen den Fiskus ist erst zulässig, nachdem derjenige, welcher den Anspruch geltend macht, bei der zur Vertretung des Fiskus berufenen Behörde eine Denkschrift, worin der Anspruch begründet wird, eingereicht und hierauf entweder einen abschlägigen oder binnen Monatsfrist keinen Bescheid erhalten hat.

Ueber die Einreichung einer Denkschrift ist ungesäumt eine Bescheinigung zu erteilen.

Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen werden durch die Bestimmungen des Abs. 1 nicht berührt." Vgl. dazu Michaëlis S. 12 f.

Im übrigen nehmen Motive und Verhandlungen im wesentlichen nur zu dieser einen Frage Stellung, ob Art. 2 eine prozeßhindernde Einrede begründe.[1])

Die Neufassung des bayer. AG. z. CPO. von 1899 ließ den Art. 2 unverändert; die Verhandlungen erwähnen ihn nicht. Es wird demnach im Folgenden auf Motive und Verhandlungen zum Ges. v. 1879 Bezug genommen werden.

Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte der behandelten Vorschrift zeigt, daß dieselbe weit zurückreicht und ihren Inhalt fast unverändert beibehalten hat. Es können demnach zur Auslegung des jetzt geltenden Rechts auch die früheren Fassungen der Vorschrift beigezogen werden.[2])

Indessen hat sich einerseits die prozessuale Reaktion auf die Nichtbeachtung der Vorschrift, andrerseits das von der Vorschrift getroffene materielle Recht verändert. Die gegenwärtige Bedeutung der Vorschrift zu prüfen, ist die Aufgabe des folgenden Abschnittes.

II. Abschnitt.

Inhalt und Bedeutung des Art. 2 bayer. AG. z. CPO. u. KO.

§ 6. Materiell-rechtliches Anwendungsgebiet.

Der Art. 2 bayer. AG. z. CPO. u. KO. bestimmt, daß Ansprüche gegen den Fiskus erst dann gerichtlich verfolgt werden können, wenn der Beteiligte sich an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle um Abhilfe gewendet und entweder eine abschlägige oder innerhalb sechs Wochen gar keine Entschließung erhalten hat. Diese Vorschrift findet Anwendung auf alle materiell-rechtlichen Ansprüche gegen den Fiskus, die gerichtlich verfolgt werden können. Da der Fiskus nicht mehr wie im Polizeistaate eine vom Staat verschiedene Person, sondern der Staat selbst in einer bestimmten Beziehung, nämlich als Vermögenssubjekt ist, so handelt es sich um Ansprüche, die gegen den Staat als Fiskus gehen. Der Begriff „Fiskus“ ist nun zwar kein einheitlicher. Jedenfalls haben wir es aber in allen Fällen, in denen Ansprüche gegen den Staat vor den Zivilgerichten verfolgt werden können, mit dem Fiskus zu tun, mögen diese Ansprüche auch aus öffentlichen Rechtsverhältnissen herrühren.[3]) Ausnahmen von dieser Regel gibt es keine. Da nun die Anwendung des Art. 2 gerichtliche Verfolgbarkeit der Ansprüche nach seinem Wortlaut voraussetzt, anderseits aber bei gerichtlicher Verfolgbarkeit von Ansprüchen gegen den Staat immer der Fiskus in Betracht kommt, so wird der umstrittene Begriff Fiskus für Art. 2 gleichgültig; es könnte ebensogut wie in Art. 77 EG. z. BGB. und Art. 60, 61 bayer. AG. z. BGB. heißen: Ansprüche gegen den Staat 2c.

Bezüglich des bayer. Landesfiskus ist nur festzuhalten, daß durch die Existenz des Reichsfiskus die juristische Persönlichkeit des bayer. Landesfiskus nicht beseitigt ist. Es gilt sogar kraft Reservatrechts derselbe als Rechtssubjekt von vermögens-

---

[1]) Verh. d. K. d. Abg. 1878/79 Beil. Bd. V Beilage D S. 163 (Entwurf), S. 189 bis 293 (Motive); Beil. Bd. V Beil. G S. 461 (Bericht des Abg. Mayer); Beil. Bd. VI 1. Lesung S. 42; Verh. d. Gesetzgebungsaussch. d. K. d. R. 1878/79 S. 54.

[2]) Gleicher Ansicht Entsch. oberst. LG. II (n. F.) S. 343; Rutz S. 147, Bonschab S. 387.

[3]) Vgl. O. Mayer I S. 211.

rechtlichen Beziehungen, als deren Rechtssubjekt anderen Bundesstaaten gegenüber der Reichsfiskus erscheint. So ist der Eisenbahn-, Post- und Militärfiskus in Bayern Landesfiskus. Der Fiskus des Königreichs Bayern ist eine einheitliche juristische Person. Wenn man also von Post-, Eisenbahnfiskus ꝛc. spricht, so hat diese Unterscheidung keine privatrechtliche Bedeutung. Die einzelnen fiskalischen Stationen sind keine selbständigen juristischen Persönlichkeiten.

Da die gerichtliche Verfolgbarkeit das Merkmal für die Anwendbarkeit des Art. 2 ist, so scheiden alle ausschließlich auf dem Verwaltungsweg oder Verwaltungsrechtsweg gegen den Staat zu verfolgenden Ansprüche aus. Dagegen ist für die Anwendung des Art. 2 die Natur des verfolgten Anspruchs gleichgültig. Naturgemäß überwiegen aber die privatrechtlichen Ansprüche. Diese können Ansprüche sein, welche den Staat wie einen beliebigen Privatmann treffen, z. B. obligatorische Ansprüche aus Kauf, Miete, Werkvertrag; dingliche Ansprüche aus Eigentum (rei vindicatio, actio negatoria), aus einer Grunddienstbarkeit (actio confessoria); Ansprüche, welche den Staat als Unternehmer treffen, z. B. auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871; oder aber solche Ansprüche, die den Staat als solchen treffen auf Grund von besonderen gesetzlichen Bestimmungen, welche dem Staat Verpflichtungen auferlegen oder Rechte einräumen, aus welchen Pflichten erwachsen, z. B. die Haftung des Staats für Amtspflichtverletzung seiner Beamten,[1] Ansprüche gegen den Staat als gesetzlichen Erben,[2] Ansprüche gegen den Staat, der ein herrenloses Grundstück sich angeeignet hat,[3] auf Grund eines dinglichen Rechts am Grundstück. Letztere Fälle sind zum Teil erst neu durch das BGB. eingeführt und erweitern das Anwendungsgebiet des Art. 2 somit bedeutend. Der Art. 2 findet aber auch Anwendung auf öffentlich-rechtliche Ansprüche, wenn für deren Verfolgung der Rechtsweg eröffnet ist. Endlich können auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse privatrechtliche, also zivilgerichtlich verfolgbare Ansprüche entstehen. So ist die Klage auf Rückzahlung der mit Unrecht gezahlten Steuer gegen den Fiskus als Eigentümer des Streitgegenstandes gerichtet. Auch hier muß natürlich die behandelte Vorschrift beachtet werden.

Falls auf Grund einer Rechtsverletzung durch eine behördliche Verfügung Entschädigung gefordert wird, muß für die Geltendmachung der Entschädigungsforderung der Vorschrift des Art. 2 genügt werden, wenngleich schon gegen die Rechtsverletzung mit Erfolg Abhilfe gesucht worden war. War dagegen die Abhilfe bezüglich der Rechtsverletzung versagt worden, so ist damit auch eine Entschädigungsforderung ausgeschlossen und es kann diese nun ohne weiteres geltend gemacht werden.[4]

Eine erschöpfende Aufzählung der möglicherweise gerichtlich zu verfolgenden Ansprüche gegen den Fiskus ist überflüssig, da die allgemeinen Kriterien einen Irrtum bezüglich der Anwendbarkeit des Art. 2 ausschließen und die einzelnen Kategorien Besonderheiten nicht aufweisen. Da nach dem unzweideutigen Wortlaut des Art. 2 alle gerichtlich verfolgbaren Ansprüche gegen den Staat der Vorschrift unterliegen, so müßten für Ausnahmen starke Gründe beigebracht werden. Tatsächlich lassen sich solche nicht finden; insbesondere wird später gezeigt werden, daß die Betretung des Administrativwegs sich bei allen angedeuteten Kategorien

---

[1] Art. 60 bayer. AG. z. BGB., Art. 126 Not.G. vom 9. Juni 1899, § 12 GBO.
[2] § 1936 BGB.
[3] § 928 BGB.
[4] Vgl. J. A. Seuffert Bd. II S. 105, Oberst. LG. VI (a. F.), 95.

der Vorschrift gemäß durchführen läßt, so daß nicht etwa aus der Unanwendbarkeit der Vorschrift auf bestimmte Fälle Ausnahmen hergeleitet werden können.

Etwas anderes ist es, wenn durch besondere gesetzliche Bestimmung, sei es direkt oder indirekt, ein Abweichen von der Regel vorgeschrieben ist. Dieser Fall liegt vor im Art. 21 (früher 50) bayer. AG. zur CPO. und KO. Wenn gegen die Feststellung der für eine Zwangsenteignung zu gewährenden Entschädigungssumme durch die Distriktsverwaltungsbehörde der Rechtsweg behufs richterlicher Entscheidung über den Betrag der zu leistenden Entschädigung betreten wird, so ist eine vorherige Angehung einer höheren Verwaltungsbehörde im Sinn des Art. 2 nicht notwendig. Das ergibt sich aus dem Charakter der Vorschrift sowie aus der zur Bestreitung des Rechtswegs gesetzten Ausschlußfrist, die unvereinbar ist mit der sechswöchentlichen Frist des Art. 2.[1])

Von den Kommentatoren zu Art. 2 gehen nur Böhm und Henle-Habel auf das Anwendungsgebiet der Vorschrift ein. Böhm bezeichnet als Voraussetzung des Art. 2, daß irgend ein dingliches oder persönliches Recht gegen den Fiskus geltend gemacht wird. In dieser Ausdrucksweise zeigt sich, daß Böhm für ausnahmslose Anwendung ist, wenngleich nicht ersichtlich wird, ob er an öffentlich-rechtliche, aber gerichtlich verfolgbare Ansprüche gedacht hat. Habel weist daraufhin, daß die Bedeutung des Art. 2 im Hinblick auf die Ausdehnung der primären Haftung des Staats für Schadenzufügung durch Beamte wesentlich erhöht sei. Darin zeigt sich ebenfalls die Tendenz, den Art. 2 auf alle möglichen Fälle auszudehnen.[2])

Der in Art. 2 niedergelegte Gesetzeswille kann vom Wechsel der Gesetzgebung nicht berührt werden, solange der Art. 2 selbst in Kraft bleibt; die von ihm erfaßte Materie dagegen wechselt nach dem jeweiligen Gesetzesstand. Art. 2 ist eine elastische Vorschrift, die mit ihrem Geltungsbereich alle sie betreffenden Gesetzesänderungen mitmacht.

§ 7. Die Betretung des Administrativwegs.

Ueber die Frage, was die Worte „sich an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle um Abhilfe wenden" bedeuten, herrscht in Wissenschaft und Praxis Streit und Unklarheit. So glaubt Bonschab[3]) den Nachweis erbringen zu müssen, daß nicht sämtliche Instanzen des Verwaltungsweges beschritten werden müssen. In der Praxis ist dagegen vielfach die Ansicht verbreitet, daß in Fällen, wo zur gerichtlichen Verfolgung eines Anspruchs gegen den Fiskus geschritten werden soll, ohne daß eine rechtsverletzende Verfügung einer Verwaltungsbehörde vorliegt, nur eine einzige Verwaltungsbehörde ange-

[1]) Gleicher Ansicht Böhm Art. 2 Anm. 9, Pemsel zu Art. 50; Becher S. 299, Schierlinger (1902) S. 194, Henle-Habel Art. 2 Bem. 6.

[2]) Um die große Verschiedenheit der Fälle festzustellen, vgl. oberst. LG. Bd. II (n. F.) S. 343 (auf Grund der primären Baupflicht des Fiskus für Pfarrhausbauten wird Befreiung von Hand- und Spanndiensten beansprucht), oberst. LG. Bd. VI (a. F.) S. 95 (Feststellung einer Weidegerechtigkeit an einem Staatswald; Entschädigungsanspruch für Kosten zur Vorbereitung eines durch Bestreiten des Forstamts notwendig gewordenen Prozesses.) Bonschab S. 385 f. (Schadensersatzanspruch eines Lokomotivführers gegen den Fiskus auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes.)

[3]) S. 385 ff.

gangen werden müsse.[1]) Der Grund für die Unklarheit liegt darin, daß es an einer einfachen Gruppierung der möglichen Fälle fehlt. Ein solche wird im folgenden gegeben.

Die Vorschrift des Art. 2 wird immer dann praktisch, wenn jemand gewillt ist, einen Anspruch gegen den Fiskus gerichtlich zu verfolgen. Dabei sind zwei Fälle möglich:

1) Der Anlaß zur gerichtlichen Verfolgung eines Anspruchs gegen den Fiskus liegt in einer rechtskränkenden Verfügung einer Verwaltungsbehörde.

2) Ein Anspruch gegen den Fiskus soll verfolgt werden, ohne daß bereits eine rechtskränkende Verfügung einer Verwaltungsbehörde vorliegt.

ad 1) Wenn jemand einen Anspruch gegen den Fiskus deshalb gerichtlich zu verfolgen unternimmt, weil er von einer Verwaltungsbehörde in seinem Recht verletzt worden ist, so werden die Voraussetzungen des Art. 2 dadurch erfüllt, daß der Betreffende sich an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle um Abhilfe wendet, d. h. an diejenige Stelle, welche der Behörde, die die rechtskränkende Verfügung erlassen hat, zunächst übergeordnet ist. Welche Stelle im Einzelfall anzugehen ist, bestimmt sich also nach der Organisation der Behörden. Ist die verfügende Behörde ein Bezirksamt, so ist die zunächst (= nächst der ersten) zuständige höhere Verwaltungsstelle die Kreisregierung. Geht die Rechtsverletzung von der Regierungsfinanzkammer aus, so muß das Finanzministerium um Abhilfe ersucht werden. Beispiel: Ein Forstamt verhindert die Ausübung einer Servitut am Staatswald. Solange die Servitut ungehindert ausgeübt werden durfte, lag kein Anlaß zu einer Klage für den Inhaber vor. Erst die Störung bildet den Anlaß. Vor Klagestellung muß die Regierungsfinanzkammer um Abhilfe angegangen werden.

ad 2) In Fällen, wo jemand einen Anspruch gegen den Fiskus verfolgen will, ohne daß der Anstoß dazu in einer rechtskränkenden Verfügung einer Verwaltungsbehörde liegt, ist die Tragweite des Art. 2 eine weit größere. Während man nämlich gegen einen Privaten jederzeit einen Anspruch gerichtlich verfolgen kann, ohne vorher gütliche Befriedigung verlangt zu haben (Risiko: Prozeßkostenlast bei sofortiger Anerkennung, § 93 CPO.), bringt die Vorschrift des Art. 2 mit sich, daß gegen den Fiskus nicht ohne weiteres geklagt werden kann, sondern daß erst bei der dafür zuständigen Verwaltungsbehörde freiwillige Befriedigung gesucht werden muß. Wird diese verweigert, so liegt eine rechtskränkende Verfügung vor, gegen welche man sich an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle um Abhilfe zu wenden hat. Erst wenn auch diese nicht erlangt wird, kann Klage erhoben werden. Es müssen sich also auch in den unter 2) charakterisierten Fällen zwei Verwaltungsbehörden geäußert haben.

Sehr verbreitet ist die Ansicht, daß in Fällen, wo jemand, ohne durch behördliche Rechtsverletzung veranlaßt zu sein, einen Anspruch gegen den Fiskus verfolgen will, das Angehen der zur Befriedigung des Anspruchs zuständigen Verwaltungsbehörde bereits das vom Gesetz verlangte Abhilfesuchen bei der „zunächst zuständigen höheren Verwaltungsstelle“ sei, daß also beispielshalber bei Ansprüchen gegen den Staat wegen Amtspflichtverletzung eines Beamten das Geltendmachen der Forderung bei der Kreisregierung genüge.[2]) Diese in der Praxis, so weit

[1]) Vgl. das von Rutz S. 152 erwähnte oberlandesgerichtliche Urteil.

[2]) Diese Anschauung hat offenbar auch Bonschab. Sie führt ihn zu völligem Mißverstehen des von ihm bekämpften Urteils.

ersichtlich, sehr verbreitete Ansicht ist unrichtig. Der Wortlaut des Art. 2 widerspricht ihr in mehr als einem Punkte.

Zunächst paßt das Wort Abhilfe nicht. Was von der zuständigen Behörde verlangt wird, ist Befriedigung, nicht Abhilfe. Nun ist allerdings in der Praxis vielfach üblich die Geltendmachung von Ansprüchen bei Verwaltungsbehörden als Abhilfegesuch zu bezeichnen. Daß aber in Art. 2 das Wort Abhilfe in anderem Sinn gemeint ist, ergibt sich deutlich aus der geschichtlichen Entwicklung der Vorschrift. Man vergleiche den Wortlaut der Verordnung vom 4. Februar 1809. Hier schon kommt das Wort Abhilfe vor und bedeutet unzweifelhaft die Aufhebung einer durch eine Unterbehörde erlassenen Verfügung durch die nächst höhere Behörde. Ebenso wurde bereits für § 9 des Ges. v. 1819 nachgewiesen, daß die statt „Abhilfe" eingesetzte „Abstellung der Beschwerde" eine unterbehördliche Verfügung voraussetzt. Da der Sinn der Vorschrift im Art. 2 derselbe ist wie in den früheren Fassungen, so kann auch hier das Wort Abhilfe nichts anderes bedeuten als die Aufhebung einer Verfügung einer Verwaltungsbehörde durch die höhere zu dieser Aufhebung befugte Stelle.

Noch mehr spricht gegen die bekämpfte Auffassung der Ausdruck „zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle". Man müßte diesen Worten einen sich widersprechenden Doppelsinn unterschieben. Im Falle 1) (eine rechtskränkende Verfügung ist Anlaß zur Klageerhebung) bedeutet „zunächst zuständig" gleich nach der verfügenden Behörde im Instanzenzug zuständig. Im Fall 2) dagegen müßte derselbe Ausdruck der irrigen Anschauung zufolge bedeuten: in erster Linie zuständig, zur Sacherledigung zuständig. So drückt sich aber kein Gesetz aus, daß es die zur Sacherledigung zuständige Behörde als „zunächst zuständig" bezeichnet; das Wort „zunächst" wäre mehr als überflüssig. Der bekämpften Auffassung kommt der Umstand entgegen, daß man die Mittelstellen schlechthin als „höhere Verwaltungsstellen" zu bezeichnen pflegt. Da nun die Mittelstellen (bes. die Regierungen) bei Inanspruchnahme des Fiskus normalerweise zur Sacherledigung zuständig sind, konnte man leicht in den Irrtum verfallen, das Gesetz meine mit dem Ausdruck „höhere Verwaltungsstelle" nur die Mittelstellen, so daß also bei Ansprüchen gegen den Staat, die kraft Gesetzes entstanden sind (z. B. bei Amtspflichtverletzung eines Beamten),[1]) der Vorschrift Genüge getan sei, wenn dieselben bei der den Fiskus normalerweise vertretenden Kreisregierung geltend gemacht worden seien. Dem steht entgegen, daß im Fall 1) der Ausdruck „höhere Verwaltungsstelle" keine absolut zu fassende Behördenbezeichnung ist, sondern relativ genommen werden muß, so daß er bald eine höchste Stelle bald eine Mittelstelle bezeichnet, je nach dem Rang der erstverfügenden unteren Behörde. Es widerspricht aber den Gesetzen der Logik, dieselben Gesetzesworte in verschiedenen Fällen widersprechend auszulegen. Deshalb ist auch im Falle 2) die Bezeichnung „höhere Verwaltungsstelle" wirklich komparativ zu fassen und nicht als stereotype Benennung einer gewissen Gattung von Behörden.

Der Ausdruck des Art. 2 „sich an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle um Abhilfe wenden" bedeutet demnach auch im Falle 2), daß gegen eine rechtskränkende Verfügung einer relativ unteren Behörde bei der nächst höheren Abstellung der Beschwerde gesucht werden muß.[2]) Diese Fassung

[1]) Vgl. Art. 60 bayer. AG. z. BGB.

[2]) Bonschab S. 388 vertritt die hier bekämpfte Anschauung, allerdings mit wenig Gründen. Er faßt „zunächst" = „in erster Instanz zuständig" auf. Das Wort „Abhilfe"

des Gesetzes erweist sich für den Fall 2 als außerordentlich knapp. Denn es ist nicht ausdrücklich gesagt, daß vor der gerichtlichen Verfolgung erst freiwillige Befriedigung gesucht werden muß. Doch ist dieses Ergebnis unabweisbar, wenn man der hier durchgeführten Auslegung der Wendung: „sich an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsbehörde um Abhilfe wenden" recht gibt.

Unrichtig wäre es insbesondere, aus der Knappheit der Fassung des Gesetzes oder, wenn man will, aus der scheinbaren Lücke zu folgern, daß auf Fälle, in denen der Anlaß zur Rechtsverfolgung nicht von einer rechtsverletzenden Verfügung ausgeht, der Art. 2 gar nicht passe, daß also z. B. für Inanspruchnahme des Fiskus wegen Amtspflichtverletzung eines Beamten die Vorschrift keine Anwendung finde. Denn das Gesetz spricht ganz allgemein von „Ansprüchen gegen den Fiskus", ohne die Möglichkeit einer Ausnahme auch nur anzudeuten. Ein Grund, gewisse Ansprüche gegen den Fiskus auszuscheiden, besteht demnach nicht. Deshalb war auch eine erschöpfende Aufzählung der möglichen Fälle überflüssig.

Ein Unterschied bezüglich der Anwendung des Art. 2 liegt nicht in der Art der Ansprüche, sondern nur im Anlaß der Geltendmachung. Dieser Anlaß als unterscheidendes Kriterium gibt eine restlose Lösung für alle möglichen Fälle. Als Resultat der Untersuchung über die Betretung des Administrativweges ergibt sich demnach:

1. Daß der Administrativweg in jedem Fall der Verfolgung eines Anspruchs gegen den Fiskus betreten werden muß;

2. daß in jedem Fall sich zwei Verwaltungsbehörden geäußert haben müssen. Das erste Ergebnis ist in der Wissenschaft weder behauptet noch geleugnet worden. Das erklärt sich daraus, daß es durchaus üblich ist, zuerst freiwillige Befriedigung von der zuständigen Verwaltungsbehörde zu verlangen. Nimmt man die Fälle dazu, daß eine rechtskränkende Verfügung den Anlaß zur Rechtsverfolgung gibt, so ist es begreiflich, daß der Beurteilung meist nur Fälle vorlagen, wo bereits eine Verfügung ergangen war, und die Verletzung der Vorschrift des Art. 2 im Unterlassen des Angehens einer weiteren Behörde bestand. Tatsächlich findet sich unter den wenigen den Art. 2 betreffenden Entscheidungen des Obersten LG. kein Fall, in dem eine Klage auf Grund des Art. 2 deshalb abgewiesen worden wäre, weil überhaupt noch keine Verwaltungsbehörde angegangen war. Doch sind solche Fälle denkbar und es ist deshalb der Nachweis der diesbezüglichen Verpflichtung nicht überflüssig.

Das zweite Ergebnis, daß in jedem Fall sich zwei Verwaltungsbehörden äußern müssen, ist dagegen mehrmals klar ausgesprochen und geschichtlich begründet. Die Verordnung von 1809 ergibt dies dem Wortlaut nach, § 9 d. Ges. v. 1819 dem Inhalte nach unzweifelhaft.[1]) Die Motive zu Art. 2 geben als Zweck der Vorschrift die Möglichkeit an, ungerechtfertigte Verfügungen der Unterbehörden außer Kraft zu setzen. Sehr klar ferner Oberst. LG. Bd. II (n. F.) S. 343: „als zuständige höhere Verwaltungsstelle kann vernünftigerweise nur

macht ihm keine Schwierigkeiten. Er behandelt allerdings gerade einen Fall, wo ohne vorausgegangene behördliche Verfügung ein Anspruch gerichtlich verfolgt werden soll. Er übersieht dabei, daß es auch Fälle gibt, wo bereits eine rechtskränkende Verfügung vorliegt und daß dann die „zunächst zuständige höhere Behörde" etwas anderes bedeuten muß.

[1]) Vgl. Gönner S. 125, 127, Mosthoff a. a. O. § 159, J. A. Seuffert Bd. II S. 106, Schmitt I S. 490/91, Wernz, Kommentar zur Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten Bd. I S. 185 Bem. 2 zu Art. 176.

diejenige gemeint sein, die der Behörde oder Stelle, von der die rechtskränkende Verfügung, die Nichtanerkennung oder Bestreitung des Anspruchs ausgegangen, im Instanzenzug übergeordnet ist" rc. Aehnlich Schierlinger (1902) S. 193: „es genügt die Angehung einer Instanz, welche der zum Sachentscheid an sich berufenen Behörde direkt vorgesetzt ist".[1])

Die Darstellung des Administrativwegs für die verschiedenen Fälle ist nicht meine Aufgabe, da die Grundregel nirgends durchbrochen wird. Zwei Behörden müssen sich geäußert haben. Die erste ist diejenige, welche durch eine rechtskränkende Verfügung Anlaß zur Rechtsverfolgung gegeben hat oder welche zur Sacherledigung infolge ihrer Tätigkeit beim Geschäftsabschluß (z. B. bei Kauf) oder gemäß der Kompetenzverteilung[2]) unter den Behörden (z. B. bei Ansprüchen gegen den Staat wegen Beamtendelikts) zur Vertretung des Fiskus berufen ist. Die zweite Behörde ist stets die im Instanzenzug der ersten unmittelbar vorgesetzte. Wenn also eine rechtsverletzende Verfügung von einem Forstamt, Rentamt, Bezirksamt oder Oberbahnamt ausgeht, so ist das Abhilfegesuch an die vorgesetzte Kreisregierung bzw. die Generaldirektion der Eisenbahnen zu richten; ging die Verfügung von einer Kreisregierung aus, so muß noch das Finanzministerium angegangen werden.

Ist zum Sachentscheid bereits die höchste Behörde zuständig, so ist ein Abhilfesuchen unmöglich und kann ohne weiteres der Rechtsweg betreten werden.[3]) Da zum Sachentscheid vielfach schon Mittelstellen berufen sind, so bilden die Rekursinstanz meist die betreffenden Zentralstellen.

Wenn eine Behörde unter ausdrücklicher Anweisung einer Oberbehörde gehandelt hat, so ist trotzdem Art. 2 noch zu befolgen, weil die obere Behörde ihre Entschließung immer noch auf Grund der Beschwerde zurücknehmen kann.

Die Klage kann angestellt werden, sobald die abschlägige Entschließung der oberen Administrativstelle nachgewiesen wird. Dabei ist nicht maßgebend die Behörde, welche die Entschließung bekannt macht, sondern diejenige, welche die Entschließung faßt. Dies kommt deswegen in Betracht, weil bei vielen Behörden der Geschäftsgang so eingerichtet ist, daß sie ihre Entschließungen den Beteiligten durch die Unterbehörden zugehen lassen.

Es ist klar, daß die bloße Betrachtung des außerordentlich knappen Wortlauts des Art. 2 leicht zu Irrtümern führen konnte. Um so mehr wäre zu wünschen, wenn die schwankende und unsichere Praxis sich mit Entschiedenheit einer logisch und historisch begründeten Auslegung anschließen würde.

§ 8. Rechtliche Natur der Vorschrift.

Die rechtliche Natur der in Art. 2 enthaltenen Vorschrift offenbart sich im Prozesse und zwar gerade dann, wenn dieselbe nicht beachtet worden ist. Die Frage, welche prozessuale Folgen man mit der Nichtbeachtung des Art. 2 ver-

[1]) Richtig auch das von Bonschab (S. 386) bekämpfte landgerichtliche Urteil. Auch aus den Ausführungen von Rutz S. 145 ff. geht hervor, daß er das Angehen zweier Verwaltungsbehörden in jedem Fall für erforderlich hält, wenngleich er nicht zu völliger Klarheit durchdringt. Er erkennt insbes. den Irrtum Bonschabs nicht recht, der in Fällen, wo die gerichtliche Verfolgung ohne behördliche Rechtsverletzung unternommen wird, das Angehen einer einzigen Behörde für genügend hält.

[2]) Vgl. Seuffert zu § 18 CPO. Nr. 2, Schierlinger (1902) S. 16.

[3]) So schon Gönner S. 125, J. A. Seuffert Bd. II S. 105, Böhm zu Art. 2, Rgbl. 1841 S. 182, Erkenntnis des Oberst. Gerichtsh. v. 4. März.

binden soll, ist lebhaft umstritten. Man wird sich aber endgültig der Ansicht nicht verschließen können, daß Art. 2 eine Vorschrift bezüglich des Rechtswegs gibt, daß also bei Nichtbeachtung der im Art. 2 enthaltenen Vorschrift die Voraussetzungen der Einrede der zeitweiligen Unzulässigkeit des Rechtswegs gegeben sind.

Zur Begründung dieser Behauptung ist zunächst eine Vorfrage zu erledigen. Gibt es nach dem System der CPO. eine prozeßhindernde Einrede der zeitweiligen Unzulässigkeit des Rechtswegs? Wissenschaft und Rechtsprechung bejahen die Frage. Gaupp-Stein [1]) charakterisiert die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs dahin, daß die Anrufung der bürgerlichen Gerichte überhaupt oder zurzeit unstatthaft ist. Im gleichen Sinne entscheiden sich Struckmann-Koch [2]), Wilmowski-Levy [3]), Seuffert [4]), Wach [5]) und das Reichsgericht. [6]) Die gegenteilige Ansicht wäre unbegründet. Denn jeder Prozeß hat zur notwendigen Voraussetzung, daß Gerichte (im Gegensatz zu Verwaltungsbehörden) zuständig sind. Solange also das Gericht nicht entscheiden darf, weil eine Verwaltungsbehörde angegangen werden muß, ist eben der Rechtsweg unzulässig. Auf die Dauer der Unzulässigkeit kann es unmöglich ankommen für die Feststellung, daß eine Prozeßvoraussetzung fehlt. Es gibt also eine Einrede der zeitweiligen Unzulässigkeit des Rechtswegs.

Ob diese nun bei Nichtbeachtung des Art. 2 wirklich gegeben ist, hängt davon ab, ob in diesem Fall die Begriffsmerkmale der Einrede aus § 274 Nr. 2 CPO. vorliegen. Zu beachten ist, daß die Reichsjustizgesetze grundsätzlich keine Rechtswegvorschriften [7]) geben, sondern dies dem übrigen Reichs- und Landesrecht überlassen. [8])

Es ist zunächst der Begriff der Unzulässigkeit des Rechtswegs festzustellen. Folgende Definitionen dienen zur Abgrenzung. Gaupp-Stein [9]): Unzulässigkeit des Rechtswegs liegt vor, wenn die Anrufung der bürgerlichen Gerichte überhaupt oder zur Zeit um deswillen nicht statthaft ist, weil der Rechtsstreit nicht in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit fällt. Wilmowski-Levy [10]): Unzulässigkeit des Rechtswegs liegt vor, wenn die Streitsache zu denjenigen gehört, welche ihrer Qualität nach der Entscheidung der ordentlichen Gerichte unbedingt oder in Ermanglung gewisser Vorbedingungen einstweilen gesetzlich entzogen sind. Seuffert [11]): Unzulässigkeit des Rechtswegs liegt vor, wenn die Gerichte — im Gegensatz zu Verwaltungsbehörden — überhaupt nicht zur Entscheidung oder erst nach vorgängigem Angehen einer Verwaltungsbehörde zur Entscheidung befugt sind. Vgl. ferner Neumiller [12]): Rechtsweg, Gegensatz: Verwaltungsweg; ebenso Struckmann-Koch [13]).

---

[1]) § 274 III zu Nr. 2.
[2]) § 274 Anm. 3.
[3]) § 247 Anm. 4.
[4]) § 274 Anm. 4.
[5]) S. 113.
[6]) RG. 5, 89; 7, 65; 12, 61.
[7]) Vgl. § 13 GVG.
[8]) Vgl. RG. 37, 427.
[9]) § 274 III zu Nr. 2.
[10]) § 247.
[11]) § 274, 3 zu Nr. 2.
[12]) § 274 zu Nr. 2.
[13]) § 274, 5 zu Nr. 2.

Diese Definitionen der bedeutendsten Prozessualisten zeigen zur Genüge, wie sehr man sich hütet, eine scharf umrissene Begriffsbestimmung zu geben, einfach weil die Fülle der möglichen Fälle nur von einer weitgefaßten Definition umspannt werden kann. Es läßt sich also die Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht schlankweg dahin definieren, daß nicht Gerichte sondern Verwaltungsbehörden zu entscheiden haben. Nicht einmal für die dauernde Unzulässigkeit des Rechtswegs paßt dies, viel weniger für die zeitweilige. Besonders für letztere fällt die vorsichtige Fassung der oben erwähnten Definitionen auf. Man vergleiche Wilmowski-Levy: „in Ermanglung gewisser Vorbedingungen", Seuffert: „nach vorgängigem Angehen einer Verwaltungsbehörde". Daraus geht hervor, daß folgende Begriffsbestimmung: „zeitweilige Unzulässigkeit des Rechtswegs liegt vor, wenn eine Verwaltungsbehörde zu einer vorläufigen das Gericht nicht bindenden Entscheidung berufen ist", nur einen Teil der möglichen Fälle umfassen würde. Eine Begriffsbestimmung der Unzulässigkeit des Rechtswegs läßt sich nicht enger fassen als ungefähr so: Unzulässigkeit des Rechtswegs liegt vor, wenn eine Sache in den Verwaltungsweg oder Verwaltungsrechtsweg oder ins Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört.

Es ist demnach im Fall der Nichtbeachtung der Vorschrift des Art. 2 bayer. AG. z. CPO. Unzulässigkeit des Rechtswegs gegeben, wenn das Abhilfesuchen bei der höheren Verwaltungsbehörde und deren Entschließung als Betretung des Verwaltungswegs zu bezeichnen ist. Bei unbefangener Würdigung scheint dies zweifellos der Fall zu sein, um so mehr die Ueberschrift über den Art. 2 ausdrücklich lautet: „Betretung des Administrativwegs vor der Klagestellung gegen den Kgl. Fiskus". Die Antwort bleibt dieselbe, wenn man die in der Literatur vorherrschende Gegenansicht prüft.

Eine Entscheidung des Obersten Landesgerichts vom 21. Mai 1901 [1]) führt folgendes aus: Zeitweilige Unzulässigkeit des Rechtswegs sei zwar nach § 274 Nr. 2 CPO. zu behandeln. Diese liege aber im Fall des Art. 2 nicht vor, da die Verwaltungsbehörde nur zu einer Erklärung, ob sie den Anspruch anerkenne oder nicht, keineswegs aber für eine Entscheidung über den streitigen Anspruch im ganzen oder über einzelne Elemente desselben zuständig sei. Unzulässig sei der Rechtsweg aber nur, wenn nach dem Gesetz die gerichtliche Verfolgung (zur Zeit) ausgeschlossen sei, weil andere Behörden, nämlich die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte, wenn auch nur nach einzelnen Richtungen zur Entscheidung berufen sind. Zum Beweis dieser Definition beruft sich das Oberst. LG. auf Gaupp-Stein, Seuffert (S. 317 Bem. I), Petersen-Anger (4. Aufl. S. 576 Bem. 7), Reinke (4. Aufl. § 274) und auf eine Entscheidung des Oberst. LG. vom 5. Juni 1894 (Bd. XV S. 260). In den zitierten Werken aber deckt sich die Definition mit der vom Oberst. LG. gegebenen nicht. Petersen-Anger definiert die Zulässigkeit des Rechtswegs allerdings als Befugnis der Parteien, die Sache von den ordentlichen Gerichten im Gegensatz zu den Verwaltungsbehörden entscheiden zu lassen. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß für eine Definition der zeitweiligen Unzulässigkeit des Rechtswegs, um welche es sich hier handelt, die Tätigkeit der Verwaltungsbehörde ebenfalls als Entscheidung bezeichnet werden solle. Es wird ja gerade vermieden, von Entscheidung der Verwaltungsbehörde zu sprechen. Man braucht nur den oben zitierten Wortlaut der verschiedenen Definitionen zu vergleichen. In der eben-

[1]) OLG. II S. 343 (Neue Folge).

falls zitierten Entscheidung des Oberst. LG. vom 5. Juni 1894 wird Unzulässigkeit des Rechtswegs dahin definiert, daß nach Maßgabe gesetzlicher Bestimmungen im öffentlichen Interesse eine streitige Angelegenheit nicht von den Gerichten, sondern im Bereich der Verwaltung zu erledigen ist. Diese Definition paßt nun gar nicht auf die zeitweilige Unzulässigkeit; jedenfalls läßt sich auch aus ihr kein Schluß darauf ziehen, daß als Tätigkeit der Verwaltungsbehörde im Falle zeitweiliger Unzulässigkeit eine „Entscheidung“ vorausgesetzt werde. Man sieht, wie das Oberst. LG. den Begriff der Unzulässigkeit des Rechtswegs absichtlich enger faßt, um die Subsumtion des Art. 2 unter denselben ablehnen zu können. Es verlangt Entscheidung durch Verwaltungsbehörden; die von den bedeutendsten Prozessualisten gegebenen Definitionen verlangen allgemein Zuständigkeit des Verwaltungswegs, was nicht bloß Entscheiden im technischen Sinne umfaßt.

Das Oberst. LG. macht in seiner Begründung bezüglich Entschließungen von Verwaltungsbehörden folgenden Unterschied: Entscheiden im technischen Sinne kraft der anvertrauten Regierungsgewalt und Abgeben einer Parteierklärung in der Eigenschaft als Vertreterin des Fiskus. Diese zweite Gruppe müßte man als etwas von den übrigen Verwaltungshandlungen durchaus Verschiedenes betrachten; man müßte sich vorstellen, daß die Verwaltungsbehörde ihre Erklärung wie ein Privatmann abgibt, sodaß ihre Eigenschaft als Verwaltungsbehörde nur insoweit in Betracht kommt, als diese ihr die Befugnis zur Abgabe der Erklärung gibt. Da aber das Angehen einer höheren Verwaltungsstelle bereits die Entschließung einer niedern voraussetzt,[1] so wäre die Entschließung der höheren Behörde nichts weiter als eine maßgebende Aeußerung, eine kompetente Bestreitung des geltend gemachten Anspruchs durch eine zweite höhere, den Fiskus ebenfalls vertretende Behörde. Ausführlicher gesagt: Der Fiskus wird durch mehrere, einander untergeordnete Behörden vertreten. Wäre die Entschließung der höheren Verwaltungsbehörde nur eine Parteiwillenserklärung darüber, ob der Anspruch anerkannt werden soll oder nicht, so müßte der Vorschrift des Art. 2 folgender Sinn untergelegt werden: Da unnütze Prozesse gegen den Fiskus vermieden werden sollen, genügt es nicht, daß eine Verwaltungsbehörde sich geäußert hat, sondern es muß vor Klageerhebung noch eine höhere Verwaltungsbehörde ihren Willen äußern, damit wirklich eine maßgebende, kompetente Aeußerung vorliegt.[2] So liegt aber die Sache nicht. Soweit eine Verwaltungsbehörde innerhalb ihres Geschäftskreises eine Entschließung faßt, ist normalerweise diese Entschließung selbständig bestehend und maßgebend und es bedarf nicht einer Erklärung der höheren Behörde, um diese Entschließung zu einer maßgebenden zu stempeln. Das Angehen der höheren Verwaltungsstelle ist also nicht die Einholung eines maßgebenden Ausspruchs (kompetent war schon die erste Behörde), sondern bereits eine Beschwerde gegen die Entschließung einer Unterbehörde. Die Formationsverordnung vom 17. Dezember 1825 bestimmt über das Verhältnis der Kreisregierungen zu den Unterbehörden im § 19: „Wir machen es unseren Kreisregierungen zur Pflicht, die Kompetenz der Unterbehörden in keiner Weise zu schmälern, denselben unter Vorbehalt der Beschwerde das eigentliche Detail der Verwaltung zu

---

[1]) Was auch Auffassung des Oberst. LG. ist; vgl. Entsch. d. Oberst. LG. II S. 343 (n. F.).
[2]) Vgl. Becher I S. 298 Anm. 39.

überlassen."[1]) Der Ausdruck Beschwerde ist ausdrücklich gebraucht im § 9 des Ges. vom 22. Juli 1819: „wegen Abstellung der Beschwerde an eine und zwar die zunächst einschlägige obere Administrativbehörde sich zu wenden." Auch die Literatur zu der bayer. Vorschrift gebraucht ihn fortwährend.[2]) Mit der Beschwerde ist aber der Verwaltungsweg gegeben. Nehmen wir ein Beispiel: Eine Kreisregierung verweigert die Zahlung einer Kaufpreisforderung. Bevor geklagt werden kann, muß nach der Vorschrift des Art. 2 erst das Finanzministerium angegangen werden. Es sollte nun die Entschließung des Finanzministeriums nichts weiter sein als eine kompetente Erklärung, ob gezahlt wird oder nicht? Dazu war schon die Kreisregierung kompetent. Deswegen muß ja nicht gleich behauptet werden, daß das Finanzministerium eine bindende Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Kaufpreisforderung abgibt. Das ist natürlich nicht der Fall, aber auch nicht erforderlich, um von Verwaltungsweg zu sprechen. Man muß sich den Unterschied vor Augen halten, der besteht zwischen der Lage eines privaten um Erfüllung angegangenen Schuldners und der höheren um Abhilfe angegangenen Verwaltungsbehörde, die bezüglich einer Forderung gegen den Fiskus eine Entschließung trifft. Der Privatmann kann willkürlich die Befriedigung des Anspruchs verweigern. Er hat nur einen Anlaß, dies nicht zu tun: die Prozeßkostenlast. Anders die Verwaltungsbehörde. Sie kann nicht willkürlich handeln. Abgesehen von der Rücksicht auf die Kostenlast ist die um Abhilfe angegangene Behörde gerade infolge ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörde zur Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlage des Anspruchs verpflichtet. Die Beamten, die einen abschlägigen Bescheid willkürlich erteilten, obwohl sie vom Begründetsein des Anspruchs überzeugt sind, würden wider ihr pflichtgemäßes Ermessen handeln und möglicherweise nicht nur für die dem Fiskus unnötig zufallenden Prozeßkosten, sondern auch für Schädigung des Gläubigers (z. B. durch Verzögerung) haften. Es liegt also in der Entschließung der höheren Verwaltungsbehörde, wenn auch nicht eine Entscheidung im Sinne einer bindenden Aeußerung über ein Rechtsverhältnis, aber doch ein Sichentscheiden auf Grund der Prüfung des Begründetseins des Anspruchs, angeregt durch die im Verwaltungsweg erhobene Beschwerde. Die Entschließung ist eine verwaltungsmäßige, unter der gesteigerten amtlichen Verantwortlichkeit vorgenommene Handlung, das Ersuchen um Abhilfe demnach ein Betreten des Verwaltungswegs im eigentlichen Sinn. Die Nichtbefolgung der im Art. 2 enthaltenen Vorschrift begründet folglich nach der anfangs gegebenen Definition der Unzulässigkeit des Rechtswegs eine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 274 Nr. 2 CPO.

Es wurde bei dieser Untersuchung von dem weitaus häufigeren Fall ausgegangen, daß sich bereits eine Verwaltungsbehörde geäußert hatte, mag ihre Aeußerung eine die gerichtliche Verfolgung veranlassende Rechtsverletzung sein oder die Nichtanerkennung eines Anspruchs, dessen freiwillige Befriedigung nachgesucht wurde. Tatsächlich kommt es selten vor, daß jemand den Fiskus verklagt, ohne vorher freiwillige Befriedigung von der zuständigen Verwaltungsbehörde verlangt zu haben. Die Nichtbeachtung der Vorschrift des Art. 2 wird also in

---

[1]) Vgl. § 20 der Verordnung vom 9. Dezember 1825.
[2]) Vgl. Seydel II S. 375; Moy, Bayer. Staatsrecht II S. 63.

den allermeisten Fällen darin bestehen, daß das Abhilfesuchen bei der höheren Behörde unterlassen worden ist. Trotzdem ist auch der seltenere Fall zu betrachten. Es wurde bereits nachgewiesen, daß Art. 2 die Vorschrift in sich schließt, in jedem Fall zunächst freiwillige Befriedigung zu verlangen. Ist dies nicht geschehen, so fehlt es erst recht an der Prozeßvoraussetzung des zulässigen Rechtswegs, weil noch zwei Verwaltungsbehörden angegangen werden müssen. Daß das Nachsuchen der freiwilligen Befriedigung bereits Erfüllung eines Teils der Vorschrift des Art. 2 ist, wurde bisher in der Wissenschaft nicht ausdrücklich festgestellt, weil es in der Praxis selten unterlassen wird. Es verstärkt aber der Inhalt der Vorschrift, in jedem Fall erst zwei Verwaltungsbehörden vor der gerichtlichen Verfolgung anzugehen (außer wenn eine rechtskränkende Verfügung Anlaß zur Klage war) sehr den Eindruck, daß es sich um zeitweise Unzulässigkeit des Rechtswegs handelt. Denn es liegt ohne Zweifel ein Betreten des Verwaltungsweges darin, daß eine Behörde um freiwillige Befriedigung, eine zweithöhere um Abhilfe bei nicht erfolgter Befriedigung, angegangen werden muß.

Lohnend ist ein kurzer Vergleich des Art. 2 mit den vielen Fällen des Reichsrechts, in denen eine vorläufige Entscheidung der Verwaltungsbehörde vorgeschrieben ist, z. B. die vorläufige Entscheidung der obersten Reichsbehörde über vermögensrechtliche Ansprüche der Reichsbeamten nach den §§ 149, 150 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873.[1]) In diesen Fällen ist das Gericht in seiner späteren Entscheidung an den Inhalt der vorläufigen Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht gebunden, die vorläufige Maßregel verschwindet, sobald das Gericht gesprochen hat. Die Wirkung ist also genau dieselbe wie bei Art. 2. Entweder begnügt sich der Anspruchserhebende mit dem Bescheid oder der Entscheidung der Verwaltungsbehörde oder er betritt auch noch den Rechtsweg; dann ist in beiden Fällen das Gericht ganz selbständig in seiner Entscheidung. Für die erwähnten reichsrechtlichen Vorschriften ist in der Literatur ohne Widerspruch anerkannt, daß ihre Nichtbeachtung die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs begründet. Die Aehnlichkeit des Art. 2 ist aber augenscheinlich.

Wie erwähnt, ist die Auffassung, daß aus Art. 2 eine prozeßhindernde Einrede herzuleiten ist, nur wenig vertreten. Sehr entschieden spricht Jäger (Grundriß S. 23) aus, daß im Fall des Art. 2 der Rechtsweg zurzeit unzulässig sei. Ausdrücklich erwähnt ferner Seuffert zu § 148 den Art. 2 bei Aufzählung von Gesetzen, welche ein vorgängiges Angehen einer Verwaltungsbehörde erfordern und verweist unter § 274 Nr. 2 auf diese Aufzählung, entscheidet sich somit für prozeßhindernde Einrede.

Ebenso die Motive zum BGB. § 180 des Entwurfs 1. Lesung lautet: „Wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs von der Vorentscheidung einer Behörde abhängig ist, wird die Verjährung durch das Gesuch um Vorentscheidung unterbrochen". Diese Bestimmung ist jetzt im § 210 BGB. enthalten. Die Motive I S. 340 zitieren als hieher gehörigen Fall Art. 2 des bayer. AG. zur CPO. und KO., betrachten ihn also als einen Fall der zeitweiligen Unzulässigkeit des Rechtswegs.[2])

Als Vertreter der gleichen Ansicht sind endlich zu nennen: Bonschab in den Blättern für Rechtsanwendung 60. Jahrgang Nr. 25, Rutz im 61. Jahrgang

[1]) Siehe die übrigen Vorschriften bei Gaupp-Stein § 148, II B 1.

[2]) Die Bestimmung bezüglich der Verjährungsunterbrechung wird uns später beschäftigen. Dort folgt auch die Auseinandersetzung mit dem Ausdruck „Vorentscheidung".

derselben Zeitschrift Nr. 10 und 11. Die Ausführungen von Bonschab sind aber deshalb nicht ausreichend, weil ihm die Tatsache, daß die gerichtliche Verfolgung untersagt ist, als genügendes Kriterium der Unzulässigkeit des Rechtswegs erscheint, während der Schwerpunkt des Nachweises in der Betrachtung der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden liegen muß. Sonst würde ja auch aus § 1394 BGB. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs hergeleitet werden können. Auch die Ausführungen von Rutz sind mehr Meinungsäußerung als Beweis.

Zu vergleichen ist ferner RG. 17, 416. Hier beschäftigt sich das RG. nicht direkt mit der rechtlichen Natur unserer Vorschrift und enthält sich deshalb bei der Berührung dieser Frage jeder Entscheidung. Die Vorinstanzen hatten aus Art. 2 eine prozeßhindernde Einrede hergeleitet, das RG. bemerkt mit Bezug darauf: „Das angefochtene Urteil muß selbst dann als . . . Zwischenurteil im Sinn des § 248 Abs. 2 (§ 275 Abs. 2 n. F.) CPO. angesehen werden, wenn man von der Ansicht ausgeht, die erwähnte Vorschrift enthalte nicht eine teilweise Ausschließung des Rechtswegs im Sinn des § 247 (§ 274 n. F.) CPO., sondern schreibe nur eine (materiell-rechtliche) Bedingung vor, welche der Kläger vor Anstellung der Klage erfüllen müsse, und der Einwand, es sei dieser Vorschrift nicht genügt, sei nicht als prozeßhindernde Vorschrift anzusehen.“

Die geringe Zahl der Vertreter der hier entwickelten Anschauung, sowie der Mangel einer eingehenden Begründung ist nicht bedenklich, da auch die Gegenansicht nirgends eingehend begründet ist und die größere Zahl der Gegner durch Feststellung ihrer gegenseitigen Abhängigkeit sehr an Gewicht verliert.

Die Auffassung der Schriftsteller vor 1879 bezüglich des Charakters der Einrede aus Art. 2 wurde bereits im geschichtlichen Teil dieser Abhandlung erledigt. Zu erwähnen ist hier nur noch, daß die Entscheidung des Oberst. LG. vom 21. Mai 1901 darauf verweist, daß ein Einwand aus Art. 2 zu keiner Zeit als gerichtsablehnende Einrede gegolten habe. Tatsächlich deckt sich dieser Begriff nicht mit der modernen Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs. Es wäre gewiß erwünscht, wenn die ehemalige prozessuale Bedeutung der Vorschrift unverändert geblieben wäre. Aber die Prozeßsysteme haben gewechselt und die alte Vorschrift hat sich dem neuen System zu fügen, wenn ihr dadurch auch ein anderes Aussehen gegeben wird. Es kann daher die Bezugnahme auf die frühere Bedeutung der Vorschrift nicht als Beweismittel, sondern nur als ein vielleicht schmerzlicher Rückblick gelten.

Die Verantwortung für die herrschende Anschauung, daß aus Art. 2 eine prozeßhindernde Einrede nicht erwachse, tragen die Motive zum bayer. AG. zur CPO. u. KO. (zu Art. 2). Diese führen aus: Eine aus Art. 2 geschöpfte Einrede werde nach § 251 (§ 278 n. F.) CPO. zu behandeln sein und nicht als prozeßhindernde Einrede im Sinn des § 247 (§ 274 n. F.) CPO. aufgefaßt werden können, da hier die sämtlichen prozeßhindernden Einreden aufgeführt seien, ohne daß eine Ausdehnung auf verwandte Fälle gestattet sei. Diese Anschauung, die übrigens nicht mit der bestimmten Ausdrucksweise fester Ueberzeugung vertreten wird, beruht auf einem Irrtum über Anwendbarkeit des § 247 CPO. Gewiß ist eine Ausdehnung desselben auf verwandte Fälle nicht gestattet, aber auch nicht nötig, da Art. 2 doch unter die in § 247 Nr. 2 aufgeführte Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs fallen kann. Es wurde ja bereits nachgewiesen, daß auch eine zeitweilige Unzulässigkeit eine prozeßhindernde Einrede bildet. Die Möglichkeit der Anwendbarkeit des § 247 Nr. 2 scheint gar nicht erwogen worden

zu sein, sonst hätten die Motive dessen Anwendbarkeit ausdrücklich zurückweisen müssen und sich nicht mit der auf den ganzen § 247 bezüglichen Begründung begnügen können. Die Autorität der Motive hat leider zur Folge gehabt, daß weder in den Verhandlungen noch bei den meisten Kommentatoren des bayerischen Gesetzes eine Nachprüfung der Anwendbarkeit des § 247 Nr. 2 sich findet. Und dies wäre um so nötiger gewesen, als die Motive sich mit einem neuen Reichsgesetz auseinanderzusetzen hatten, dessen System man vor dem Inkrafttreten des Gesetzes unmöglich völlig beherrschen konnte.

Die gesetzgebenden Faktoren lehnen ebenfalls die Anwendung des § 247 ab, aber ohne jede Begründung. Unklar ist man sich jedoch über die positive Bedeutung der Vorschrift. Die Anwendbarkeit des § 251 wird stark angezweifelt. Um festzustellen, was in den Verhandlungen nie ausgesprochen wurde: die Anwendung des § 251 würde bedeuten, daß der Art. 2 eine dilatorische Einrede (Verteidigungsmittel) begründet. Abgeordneter Mayer will es der Rechtsprechung der Gerichte anheimgestellt wissen, ob und wie § 251 anwendbar sei. Diese beliebte Wendung, mit der Widersprüche der Entscheidungen geradezu herausgefordert werden, beweist die damalige Unklarheit. Von den verschiedenen Möglichkeiten: prozeßhindernde Einrede, dilatorische Einrede ꝛc. kann doch nur eine zutreffen. Ein anderer meint, § 251 sei unanwendbar, die Unterlassung der Vorschrift begründe kein Verteidigungsmittel, es müsse vielmehr dem Richter überlassen sein zu entscheiden, ob die Unterlassung nachzuholen sei. Diese Auffassung ist im System der CPO. nicht unterzubringen, es müßte denn auf den § 148 (§ 137 a. F.) angespielt sein, der dem Richter die Befugnis gibt, den Rechtsstreit auszusetzen, wenn eine den Richter bindende Entscheidung einer Verwaltungsbehörde aussteht. Die Entschließung der Verwaltungsbehörde bezüglich des Anspruchs gegen den Fiskus ist aber nicht bindend für den Richter, denn es kommt ja gerade nur dann zum Prozeß, wenn ein abweichendes Urteil erzielt werden soll. Ferner bezieht sich § 148 auf grundlegende Vorfragen, bei Art. 2 entscheidet das Gericht über dieselbe Frage, die den Gegenstand der Verwaltungsentschließung gebildet hat.

Die Schwierigkeiten, die der § 251 macht, sucht der Regierungskommissär mit folgender Wendung zu beseitigen: „Die Bezugnahme auf § 251 bezwecke nur die Anwendung des § 247 auszuschließen!"

In den Verhandlungen der Kammer der Reichsräte zeigen sich die gleichen Zweifel. Es wird angefragt, was denn der Art. 2 überhaupt bedeute, wenn eine prozeßhindernde Einrede daraus nicht geschöpft werden könne. Die Antwort des Referenten, daß der Fiskus allein schon aus diesem Grund eine Abweisung der Klage verlangen könne, der gleichzeitigen Klagebeantwortung aber nicht überhoben sei, bedeutet offenbar, daß aus Art. 2 eine rechtshemmende (dilatorische) Einwendung geschöpft werden könne, daß also Art. 2 ein Recht gibt, ohne Rücksicht auf die Wahrheit der Klagetatsachen, die Leistung vorübergehend zu verweigern.

Wenn man die Verhandlungen über den Art. 2 prüft, braucht man keine Autoritätsverletzung zu befürchten, falls man eine andere Ansicht als die dort vertretene für begründet hält. Die mangelnde Vertrautheit mit dem System der neuen Zivilprozeßordnung zeigt sich in den Verhandlungen auf Schritt und Tritt in der großen Unklarheit der Meinungen.

Die sämtlichen Kommentatoren des bayer. AG. zur CPO. und KO. folgen der in den Motiven und Verhandlungen geäußerten Ansicht, d. h. sie lehnen die Anwendung des § 274 (§ 247 a. F.) CPO. ab, ohne eine bestimmte Gegen-

ansicht an die Stelle zu setzen. Darin befinden sie sich in sehr deutlicher Abhängigkeit von den Verhandlungen.

Pemsel (zu Art. 2) gibt nur seine Ansicht ab, daß § 247 nicht anwendbar sei. Begründung fehlt, da die Anmerkungen Pemsels sich auf das knappste Maß beschränken. Sein Werk erschien bereits im Jahre des Inkrafttretens der Zivilprozeßordnung und des bayer. Ausführungsgesetzes.

Böhm (zu Art. 2) begnügt sich, kritiklos den Wortlaut der Motive und einige ihm maßgebend scheinende Aeußerungen aus den Verhandlungen anzuführen, darunter auch den schönen oben zitierten Spruch von der Anheimstellung an die Rechtsprechung der Gerichte.

Schierlinger (1893) tut sich noch leichter, indem er nicht einmal auf die Motive zurückgeht, sondern einfach Böhm zitiert ohne weitere Ausführung. 1902 (S. 147) zitiert er auch einige Vertreter der Gegenansicht, ohne sich zu entscheiden. Sein Zeugnis fällt demnach nicht ins Gewicht.

Ein wirkliches Eindringen findet sich erst bei Becher[1]). Hier wird zum erstenmal die Ablehnung des § 247 sachlich zu begründen gesucht: Unzulässigkeit des Rechtswegs liege nicht vor, da die Verwaltungsstellen nicht als entscheidende Verwaltungsstellen in Betracht kämen. Es ist dies dieselbe Begründung, die der späteren Entscheidung des Oberst. Landesgerichts vom 31. Mai 1901 zugrunde liegt und die bereits eingehend widerlegt wurde. Becher meint, die einzige Bestimmung, die bei Nichtbeachtung des Art. 2 in Betracht kommen könne, sei § 89 CPO. (§ 93 n. F.), also die Prozeßkostenlast bei sofortiger Anerkennung des Anspruchs. Dann wäre Art. 2 ganz unnötig.

Am ausführlichsten ist Habel in Ausführung der schon von Henle 1889 vertretenen Anschauung, daß Art. 2 eine prozeßhindernde Einrede nicht begründe. Dies sei schon wegen § 4 EG. zur CPO. nicht möglich. Daß diese reichsrechtliche Vorschrift einer zeitweiligen Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht entgegensteht, wird im nächsten Paragraphen nachgewiesen werden. Weiter gibt Habel zu, daß Art. 2 eine gewisse Beschränkung in der Zulässigkeit des Rechtswegs ausspricht, doch passe sie nicht unter den streng formalen Begriff der für die prozeßhindernde Einrede maßgebenden „Unzulässigkeit des Rechtswegs", um so weniger als die Auslegung dieser Bestimmung lediglich aus diesem Gesetz (AG. z. CPO.) und dessen Quellen heraus, nicht aber aus den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung geschöpft werden dürfe. Inwieweit § 278 Anwendung finde, sei nach Lage des einzelnen Falls zu entscheiden, der Richter habe über die Nachholung der Unterlassung zu entscheiden. Unrichtig ist jedoch, daß die Auslegung des Art. 2 nicht aus der Zivilprozeßordnung geschöpft werden dürfe. Die Folge wäre, daß das Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung statt die landesrechtlichen Normen dem Reichsprozeßrecht anzupassen, eigenartige Normen schaffen würde, die mit dem System der Zivilprozeßordnung nichts zu tun haben. Uebrigens sind gerade die Rechtswegvorschriften auch der Landesgesetzgebung überlassen.[2]) Die Begründung, warum § 274 CPO. nicht auf Art. 2 anzuwenden ist, ist also unzureichend, umsomehr Habel eine „gewisse Beschränkung des Rechtswegs" zugibt, die aber nicht unter den „streng formalen" Begriff falle.

---

[1]) Bd. I S. 298, 299.
[2]) Vgl. § 13 GVG. u. RG. 37, 427.

Die Lösung, die Habel an Stelle der prozeßhindernden Einrede setzt, ist systematisch unbefriedigend. Nach Lage des einzelnen Falles sei zu entscheiden, ob § 278 CPO. Anwendung finde. Es wird nun nicht gesagt, wie der Fall gelegen sein müßte, damit § 278 Anwendung finden könne. Nehmen wir aber an, daß er angewendet wird, d. h. daß aus Art. 2 ein Verteidigungsmittel (dilatorische Einrede) geschöpft werden kann, dann wäre doch der Richter gebunden, falls die Einrede geltend gemacht wird und begründet ist, den Anspruch als zur Zeit unbegründet abzuweisen. Wie soll es ihm da noch überlassen sein, über die Nachholung der Unterlassung zu entscheiden, wie Habel behauptet!

Ein Rückblick auf die verschiedenen Meinungsäußerungen zeigt, daß drei Vertreter meiner Ansicht (Jaeger, Seuffert und die Motive zum BGB.) von der breiten Basis des Reichsrechts aus (Erläuterung der CPO. und des BGB.) ihre Anschauung kund geben, während die Vertreter der Gegenansicht sämtlich Erklärer des bayer. Landesrechts sind. Das ist interessant. Denn es scheint, daß die Einordnung landesrechtlicher Vorschriften in das System des Reichsprozeßrechts eher vom unbefangenen und höheren Standpunkt des Reichsrechts aus gelingen mag als vom landesrechtlichen Boden aus, wo sich vielfach ein Hängen an historischen Vorstellungen, eine partikularistisch gefärbte Rechtsanschauung fühlbar macht. Zudem wurde gezeigt, daß alle Kommentatoren des bayer. AG. zur CPO. und KO. sich in großer Abhängigkeit von Motiven und Verhandlungen befinden.

So entschieden auf der einen Seite die Ablehnung des § 274 CPO. für Art. 2 erfolgt, so ist doch auffällig die Ratlosigkeit gegenüber der Frage, welche Bedeutung dem Art. 2 wirklich zukomme. So führt das Oberst. LG.[1]) folgendes aus: „Wenn der Vorschrift des Art. 2 nicht genügt ist, so hat die Abweisung der Klage zu erfolgen; gleichviel, ob man diese wegen Mangels einer materiellrechtlichen Voraussetzung (Unklagbarkeit des Anspruchs zur Zeit) oder mit Rücksicht auf eine landesrechtliche Vorschrift hinsichtlich des Verfahrens für gerechtfertigt erachtet." Das Oberst. LG. entscheidet sich also nicht für eine der beiden Möglichkeiten, obwohl diese voneinander erheblich abweichen. Faßt man nämlich Art. 2 als Verfahrensvorschrift auf, so kann die beklagte Partei die Verletzung der Vorschrift nicht nach § 295 CPO. geltend machen, weil es sich nicht um eine zivilprozessuale Verfahrungsvorschrift, sondern um eine Vorschrift bezüglich des Verfahrens vor dem Prozeß handelt. Es müßte vielmehr der Richter von Amts wegen den Mangel beanstanden. Dagegen würde die Auffassung als materiell-rechtliche Voraussetzung dem Beklagten die Möglichkeit geben, bei Nichtbeachtung der Vorschrift eine dilatorische Einrede zu erheben, ohne von der Einlassung befreit zu sein. Es könnte der Fiskus also auf die Befolgung der Vorschrift verzichten, indem er die Einrede unterließe. Beide Auffassungen führen zu verschiedenen Konsequenzen. Wenn man allerdings Art. 2 nicht als Rechtswegvorschrift auffaßt, ist eine bestimmte Entscheidung zugunsten einer der beiden vom Oberst. LG. angegebenen Möglichkeiten fast unmöglich, weil jeder Anhaltspunkt fehlt.

Sehr einfach und klar gestaltet sich dagegen die prozessuale Berücksichtigung des Art. 2, wenn man aus ihm eine Prozeßvoraussetzung herleitet, wie sich aus seiner Eigenschaft als Rechtswegvorschrift ergibt. Dann muß die Befolgung der Vorschrift in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen geprüft werden.

[1]) Entsch. v. 1901 Bd. II S. 343.

Die Nichtbeachtung hat Abweisung der Klage als zur Zeit unzulässig zur Folge, wenn nicht bis zur Nachholung der Unterlassung vertagt wird. Der Fiskus kann nicht auf Befolgung der Vorschrift verzichten.

Diese etwas schrofferen Konsequenzen, die die bayerischen Ausleger offenbar scheuten, würden aber ausgeglichen durch die größere Sicherheit der Anwendung des Art. 2. Nimmt man nämlich eine dilatorische Einrede an, so hat der Kläger, der die Vorschrift des Art. 2 verletzt, die Hoffnung, daß vom Fiskus auf die Nachholung dadurch verzichtet wird, daß er die Einrede nicht geltend macht. Es wird daher in vielen Fällen geklagt werden, ohne daß die Vorschrift des Art. 2 befolgt ist. Wird dann nicht verzichtet, so wird die Klage abgewiesen und muß die Vorschrift nachgeholt werden, bevor erfolgreich geklagt werden kann.

Würde dagegen die Praxis den Art. 2 allgemein als Rechtswegvorschrift betrachten, dann würde der Kläger kaum je unterlassen, vor Erhebung der Klage Abhilfe zu suchen, weil er weiß, daß es sonst nicht zum Sachurteil kommen kann. So würde der Zweck der Vorschrift, unnütze Prozesse zu vermeiden, am sichersten erreicht.

Uebrigens behaupten Böhm und Becher,[1]) die die hier vertretene Auffassung bezüglich der Natur des Art. 2 nicht teilen, daß ein Verzicht der fiskalischen Stelle auf Betretung des Administrativwegs nach dem Zweck der gesetzlichen Bestimmung, die teilweise im öffentlichen Interesse liege, nicht zulässig sei. Darin spricht sich aus, daß sie das gleiche Ergebnis anstreben, wie das, welches sich aus meiner Auffassung von selbst ergibt. Nur kann es bei ihrer Auffassung nicht völlig erreicht werden. Dies zeigt sich im Versäumnisfall. Ergibt sich aus Art. 2 eine dilatorische Einrede, so kann bei Ausbleiben des Fiskus Versäumnisurteil gegen denselben ergehen. Die Nichtbeachtung des Art. 2 bleibt dann unberücksichtigt; enthält Art. 2 eine Prozeßvoraussetzung, so kann ein Sachurteil gegen den säumigen Fiskus nicht ergehen, wenn die Vorschrift des Art. 2 verletzt ist, da die Prozeßvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen sind. So wird die von Böhm und Becher verlangte Unverzichtbarkeit erst bei der hier vertretenen Auffassung völlig verwirklicht.

§ 9. Verhältnis des Art. 2 zu § 4 EG. zur CPO.

§ 4 EG. zur CPO. bestimmt: „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.“

Diese Bestimmung scheint eine landesrechtliche Vorschrift wie Art. 2, welche eine zeitweilige Unzulässigkeit des Rechtswegs bei Ansprüchen gegen den Fiskus begründet, unmöglich zu machen. Der Widerspruch löst sich, wenn man Zweck und Entstehungsgeschichte des § 4 betrachtet. Darnach ergibt sich, daß nur völliger Ausschluß des Rechtswegs durch § 4 verboten ist. § 4 bildet eine eigentümliche Ausnahme von der sonstigen Gepflogenheit der Reichsjustizgesetze, sich grundsätzlich jeder Bestimmung darüber zu enthalten, für welche Sachen der

---

[1]) Böhm zu Art. 2 Note 9 und Becher I S. 299.

Rechtsweg zulässig ist, um nicht in das öffentliche Recht der Bundesstaaten einzugreifen. Der Bundesrat hatte deshalb sogar Streichung des § 4 beantragt, weil er eine Rechtswegvorschrift sei. Man begründete die Berechtigung der Vorschrift aber damit, daß sie gewissermaßen als gemeinrechtlich und unbestritten geltend zu betrachten sei, Elsaß-Lothringen ausgenommen, daß aber gerade durch diese Vorschrift getroffen werden sollte. Dort waren zahlreiche vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Staat von den Verwaltungsgerichten zu erledigen, statt wie sonst in Deutschland von den Zivilgerichten. Diese exzeptionelle Stellung des Fiskus sollte beseitigt werden. Die ursprüngliche Fassung der Vorschrift verbot auch eine Beschränkung des Rechtswegs; dies wurde gestrichen und damit gezeigt, daß eine Beschränkung des Rechtswegs gestattet sei. Somit ist nur beabsichtigt, die Ausnahmestellung des Fiskus zu beseitigen, nach welcher er in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen nicht vor den ordentlichen Gerichten Recht zu nehmen braucht, sondern von der Gerichtsbarkeit eximiert ist.[1])

Man könnte der hier vertretenen Auslegung Willkürlichkeit vorwerfen, da im Falle des § 274 Z. 2 auch auf zeitweise Unzulässigkeit des Rechtswegs interpretiert wurde, hier dagegen nur der völlige Ausschluß des Rechtswegs gemeint sein soll. Es handelt sich aber um zwei völlig verschiedene Vorschriften. § 274 Z. 2 kann garnicht anders ausgelegt werden als auch zeitweilige Unzulässigkeit umfassend, wie in den anderen Fällen des § 274 auch zeitweilige Unzuständigkeit, zeitweiliger Mangel der Parteifähigkeit ꝛc. gemeint ist. Dagegen ist § 4 eine Ausnahmevorschrift, die eher restriktiv als extensiv interpretiert werden muß. Man beachte auch den verschiedenen sprachlichen Ausdruck: § 4 EG. zur CPO.: Ausschluß, § 274 CPO.: Unzulässigkeit. Ausschluß bedeutet immer etwas Dauerndes, während Unzulässigkeit sehr wohl etwas Vorübergehendes bezeichnen kann.

Uebrigens ist die Literatur der gleichen Ansicht. Seuffert,[2]) der aus Art. 2 eine prozeßhindernde Einrede herleitet, erwähnt den Art. 2 eigens als von § 4 nicht getroffen. RG. 17, 416 erklärt eine Erschwerung des Rechtswegs gegenüber § 4 für zulässig. Den Art. 2 erklären für unberührt durch § 4 auch Gaupp-Stein[2]) und Struckmann, während Wilmowski[2]) und Petersen[2]) als Beispiel für zulässige Erschwerung die mehrmals erwähnte französische Vorschrift von 1790 anführen.

Es sei endlich bemerkt, daß die Auslegung des § 4 EG. zur CPO. keinen Einfluß auf die Untersuchung der prozessualen Bedeutung des Art 2 (Resultat: Prozeßvoraussetzung) haben durfte, daß also, wenn wir zu dem Resultat gekommen wären, § 4 verbiete auch eine zeitweilige Unzulässigkeit des Rechtswegs, nicht die Auffassung von der Bedeutung des Art. 2 geändert werden durfte, vielmehr der Art. 2 als reichsrechtlich unzulässige Vorschrift hätte betrachtet werden müssen, da die Folgen einer Auffassung niemals die Begründung derselben beeinflussen dürfen.

---

[1]) Vgl. Halm, Materialien: Protokolle der Reichstagskommission zur CPO. S. 749, zum GVG. S. 469 (797), Anhang zu diesen Protokollen. Prot. vom 13. Nov. 1876 S. 23, vgl. Otto Mayer I S. 215 Anm. 10, Michaëlis S. 9.

[2]) Zu § 4 EG. zur CPO.

§ 10. Prozessuales Anwendungsgebiet.

Bisher wurde von der Voraussetzung ausgegangen, daß es sich um eine einfache Leistungsklage gegen den Fiskus handele. Es ist nun zu untersuchen, ob Art. 2 auch in anderen prozessualen Fällen Anwendung findet.

Ohne Zweifel ist der Vorschrift des Art. 2 auch bei Feststellungsklagen zu genügen. Denn bei diesen müssen ebenfalls die Prozeßvoraussetzungen vorliegen. Aber auch diejenigen, die in der Beachtung des Art. 2 keine Prozeßvoraussetzung sehen, müssen für Feststellungsklagen die Befolgung der Vorschrift verlangen, weil hier ebenfalls ein Anspruch gegen den Fiskus verfolgt wird.[1])

Für die Widerklage verneint die Spezialliteratur die Anwendbarkeit des Art. 2, da die Widerklage ein Verteidigungsmittel sei. Das ist unrichtig. Die Widerklage ist mehr als ein Verteidigungsmittel.[2]) Sie erstrebt ja einen selbständigen Rechtsschutz. Sie bezweckt nicht nur Abweisung des Klägers, sondern eine der Rechtskraft fähige Verurteilung des Klägers (§ 322 CPO.). Also ist sie zu behandeln wie jede selbständig erhobene Klage. Insbesondere sind die Prozeßvoraussetzungen von Amts wegen nachzuprüfen.[3]) Bezüglich des § 274 Ziff. 2 CPO. wenigstens ist dies nirgends bestritten.

Die Anwendung des Art. 2 auf die Widerklage ist nicht unbillig. Denn der Widerklage ist keine besondere Wirkung auf den klägerischen Anspruch eigen, die nicht auch durch rechtliche Gegenausführung, Leugnen oder Einwendungen erreicht werden könnte. Das der Widerklage Eigentümliche besteht vielmehr gerade in dem Hinausgehen über das bloße Abweisen der Klage, in dem Anstreben einer Verurteilung des Klägers. Es ist allerdings möglich, daß infolge der Erfüllung der Vorschrift des Art. 2 eine Widerklage unmöglich werden kann und so der Hauptvorteil der Widerklage, die gleichzeitige Verhandlung, dem Beklagten entgeht. Sie wird unmöglich, wenn die Entschließung der um Abhilfe angegangenen höheren Verwaltungsbehörde oder der Ablauf der sechs Wochen erst erfolgt, nachdem die Klage bereits erledigt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß gerade im Fall der Widerklage häufig eine freiwillige Befriedigung von der zuständigen Verwaltungsbehörde noch nicht verlangt war, somit die Anwendung des Art. 2 die Verpflichtung, möglicherweise noch zwei Verwaltungsbehörden anzugehen, bedeutet. Es ist aber auch möglich, daß die Verwaltungsbehörde den Anspruch ohne weiteres anerkennt; dann wird die Widerklage überflüssig. Uebrigens ist die Anwendung des Art. 2 auf die Widerklage auch dann unabweisbar, wenn man aus ihm keine prozeßhindernde Einrede herleitet. Denn wie bereits erwiesen ist, bedeutet die Widerklage mehr als eine Verteidigung, nämlich das Verfolgen eines Anspruchs.

Wie bereits erwähnt, nimmt die bayerische Literatur zum AG. zur CPO. an, daß Art. 2 auf die Widerklage keine Anwendung finde. Nur Becher[4]) meint, man werde dem Widerkläger in den meisten Fällen wegen Verzögerung des Prozesses die Angehung der höheren Verwaltungsstelle nicht zumuten dürfen. Hier leuchtet der Gedanke durch, daß an sich wohl auf die Widerklage Art. 2

---

[1]) Vgl. Böhm, Habel zu Art. 2.

[2]) Vgl. Planck I S. 399, 414 Note 41, RG. 46, 426.

[3]) Seuffert § 274 Anm. 11, Petersen-Anger § 274 Anm. 16, Gaupp-Stein § 274 Anm. VI, Struckmann-Koch § 274 Anm 1.

[4]) Becher I S. 298.

Anwendung zu finden habe, daß man aber aus Billigkeitsrücksichten davon absehen solle. Aber die Verzögerung des Prozesses ist eine allgemeine Wirkung des Art. 2. Sie kann auch bei der einfachen Leistungsklage sehr unangenehm sein. So kann möglicherweise ein Konkurs unvermeidlich werden infolge der Verzögerung, während er bei früherer günstiger Entscheidung des Gerichts hätte vermieden werden können.

Habel und Schierlinger[1]) betrachten die Widerklage als Verteidigungsmittel. Eine Verteidigung kann aber nur den Zweck haben, die Abweisung des Gegenanspruchs herbeizuführen. Nun kann aber schon lange vor der Entscheidung über den Hauptanspruch ein rechtskräftiges Urteil über den in der Widerklage geltend gemachten Gegenanspruch ergehen (§ 302 CPO.).

Böhm lehnt die Anwendbarkeit des Art. 2 ab wegen des nach § 33 CPO. geforderten Zusammenhangs. Diese Begründung ist unverständlich; man muß schon auf die Quelle Böhms zurückgehen: J. A. Seuffert[2]) meint, bei der Widerklage sei die vorgängige Betretung des Administrativwegs nicht erforderlich, weil die Widerklage als mit der Vorklage des Kgl. Fiskus konnex diesem nicht unerwartet angestellt werde. Aber der Zweck des Art. 2 besteht doch nicht darin, den Fiskus vor Ueberraschungen zu schützen.

Nimmt man endlich mit Löning und Gaupp[3]) die Möglichkeit einer nicht konnexen Widerklage an, so ist für eine solche erst recht der Vorschrift des Art. 2 zu genügen.

Kann nun auch ein Anspruch gegen den Staat, der gegenüber einer andern als der prozeßführenden Behörde entstanden ist, im Wege der Widerklage geltend gemacht werden? Die Ansichten sind geteilt. Man muß davon ausgehen, daß Partei im Prozesse der Staat ist, nicht die ihn vertretende Behörde. Die fiskalischen Stationen sind nicht Rechtssubjekte, folglich nicht Parteien. Daraus folgt, daß der Beklagte das Recht der Widerklage hat, auch wenn seine Forderung gegen eine andere Behörde als die den Fiskus im Prozeß vertretende gerichtet ist. Voraussetzung ist nur, daß die Vorschrift des § 33 erfüllt ist oder wenn man mit Gaupp und Löning eine nicht konnexe Widerklage für möglich hält, daß die allgemeinen Voraussetzungen einer solchen gegeben sind.[4]) Dagegen vertritt Wach[5]) die Ansicht, daß Widerklage nur in den Grenzen der Repräsentationsbefugnis der prozessierenden Behörde möglich sei. Diese Auffassung dient dem Interesse des Staates, während die ersterwähnte Auffassung der privaten Partei zugute kommt. Es steht also Interesse gegen Interesse. Aber die erstgenannte Auffassung entspricht dem System der CPO., während Wach kaum einen Anhaltspunkt im Gesetz hat. Daher ist erstere Meinung vorzuziehen. Wollte der Staat für sich eine Ausnahme haben, so müßte er ausdrücklich gesetzliche Bestimmung treffen.[6])

Die Vorschrift des Art. 2 muß nicht befolgt werden bei S i c h e r u n g d e s B e w e i s e s, weil es sich dabei nicht um Verfolgen eines Anspruchs handelt.[7])

---

[1]) Habel Art. 2 Anm. 3, Schierlinger 1902 S. 194.

[2]) Bd. II S. 104.

[3]) Löning, Zeitschrift für Zivilpr. Bd. IV S. 1 ff., Gaupp § 33, Anm. I, III.

[4]) Vgl. Petersen-Anger § 33 Anm. II; RG. 2, 392; Löning, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. IV S. 77/78; Windscheid, Pand. I § 58 Anm. 2a.

[5]) I, 567.

[6]) Wie z. B. in § 395 BGB., Art. 11 bayer. AG. zum BGB.

[7]) Richtig Habel Art. 2 Anm. 3.

Dagegen muß bei einer Zwischenfeststellungsklage im Sinn des § 280 CPO. die Prozeßvoraussetzung des zulässigen Rechtswegs geprüft werden.[1])

Für die Aufrechnung ist es nicht nötig, Art. 2 einzuhalten. Denn die Aufrechnung ist nur Verteidigungsmittel. Das ist ganz klar, wenn die Aufrechnung schon außerhalb des Prozesses vorgenommen war und im Prozeß nur der rechtsverneinende Kompensationseinwand erhoben wird. Aber auch wenn erst im Prozeß die Aufrechnungserklärung erfolgt, ist sie nur Verteidigungsmittel. Es fallen eben dann zwei Willenserklärungen zusammen: ziviles Rechtsgeschäft und prozessuale Handlung (Erhebung des Kompensationseinwands). Zwar erlangt nach § 322 Abs. II CPO. die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, Rechtskraft, was eine Ausnahme gegenüber anderen Verteidigungsmitteln bildet. Trotzdem kann man nicht von einem wirklichen Verfolgen eines Anspruchs reden. Denn einerseits erlangt die Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung nur bis zur Höhe des Betrags Rechtskraft, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht wurde, also nicht über die Höhe der Klageforderung hinaus, anderseits wird die Feststellung des Bestehens der Gegenforderung nicht rechtskräftig. Es ist jedenfalls die Vorschrift des § 322 Abs. II in ihrer Halbheit nicht genügend, um die Aufrechnung bezüglich der Anwendung des Art. 2 auf gleiche Stufe mit der Widerklage zu stellen.

Ebenso ist auch für die in Klageform geltend zu machenden Einwendungen im Vollstreckungsverfahren Art. 2 nicht anwendbar.

Durch die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 CPO) werden Einwendungen gegen den urteilsmäßig festgestellten Anspruch erhoben. Daß diese Einwendungen nach gesetzlicher Vorschrift im Wege der Klage geltend gemacht werden müssen, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Klagende nicht Angreifer ist, sondern auf dem Boden der Verteidigung dem durch das Zwangsvollstreckungsverfahren gegen ihn erfolgten Angriff gegenübertritt. Die in dieser Form geltend zu machenden Einwendungen sind die gleichen wie die, welche in einem anhängigen Prozeß durch das prozessuale Verteidigungsmittel der Einwendung vorgebracht werden. Wie sie im Prozeß die Verurteilung des Beklagten hindern sollen (nicht aber eine Verurteilung des Klägers herbeiführen), so sollen sie im Fall des § 767 das Vollstreckungsverfahren verhindern. Der Klageantrag geht nur dahin, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird, nicht einmal auf Aufhebung des Titels.

Auch die Widerspruchsklage nach § 771 CPO. bezweckt nur eine Verteidigung. Sie bezweckt nicht etwa Feststellung des dem Kläger an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung zustehenden Rechtes, sondern Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Verfolgt wird also ein prozeßrechtlicher Anspruch auf Feststellung. Art. 2 bezieht sich aber zweifellos nur auf materiellrechtliche im Wege der Klage zu verfolgende Ansprüche. Denn jede Einwendung im Prozesse ist schließlich das Verfolgen eines prozeßrechtlichen Anspruchs, der dahin geht, daß die Verurteilung des Einwendenden unterbleibt. Daß aber auf jede Einwendung im Prozeß Art. 2 anzuwenden sei, hat noch niemand behauptet.

Der bayerische Oberste Gerichtshof hat mehrmals in dem Sinn entschieden,

---

[1]) Vgl. Gaupp § 280 Anm. III, 1; Seuffert § 280 Anm. 6; Petersen-Anger § 280 Anm. 2 rc.

daß auf Widerspruchsklagen (nach früherem Prozeßrecht sowohl Vollstreckungsgegenklagen wie Widerspruchsklagen nach § 771 umfassend) Art. 2 nicht paßt.[1])

Die Praxis steht nicht durchaus auf diesem Standpunkt. Für die Verwaltungsbehörden hat sich der Zweck unserer Vorschrift vielfach dahin verschoben, daß sie durch Anwendung des Art. 2 Zeit zur Vorbereitung auf Prozesse gewinnen wollen. Gerade bei Widerspruchsklagen und Vollstreckungsgegenklagen wäre dies sehr wichtig. Es müssen da oft weitgehende Informationen eingezogen werden. Man stelle sich vor, daß Widerspruchsklagen von einem Dritten erhoben werden, der durch Vorschützung eines nicht bestehenden Rechtsverhältnisses dem Gepfändeten zu Hilfe kommen will. Da ist eine ersprießliche Verteidigung erst möglich auf Grund eingehender Nachforschungen. Die Verwaltungsstellen wünschen deshalb gerade für diese Fälle eine Verzögerung durch die Anwendung des Art. 2. Eine unbefangene Auslegung des Art. 2 kann sich aber nicht von Zweckmäßigkeitserwägungen der Verwaltungsbehörden bestimmen lassen, umsomehr als diesen die Interessen der Privaten oft gerade entgegengesetzt sind. So geht im Fall der Widerspruchsklage oder Vollstreckungsgegenklage das Interesse des Klägers dahin, möglichst rasch Einstellung der Vollstreckung zu erreichen. Damit verträgt sich schlecht eine möglicherweise sechswöchentliche Verzögerung durch Abhilfesuchen bei den Verwaltungsbehörden.

Für Anträge auf Erlaß einstweiliger Verfügungen bestimmt Art. 2 Abs. III ausdrücklich, daß sie durch die Bestimmung des Abs. I nicht berührt werden. Dabei ist der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gedacht als eine Art gerichtliche Verfolgung des materiellen Rechts, dessen Verwirklichung gesichert werden soll. Nur so erklärt sich die ausdrückliche Ausschließung. Denn als Verfolgung eines prozeßrechtlichen Anspruchs auf Erlaß der Verfügung aufgefaßt, würde an sich der Antrag dem Art. 2 nicht unterliegen, da dieser sich nur auf gerichtliche Verfolgung materiell rechtlicher Ansprüche bezieht. Bei Bestimmung der Frist nach § 926 mit 936 der CPO. ist auf Art. 2 Rücksicht zu nehmen.[2])

§ 11. **Unterbrechung der Verjährung durch Einreichung des Abhilfegesuchs.**

Das Einreichen des Abhilfegesuchs bei der höheren Verwaltungsstelle unterbricht die Verjährung in gleicher Weise wie eine Klagerhebung, wenn die Klage binnen drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs erhoben wird. (§ 210 BGB). Die Motive zum BGB. I S. 340 erwähnen ausdrücklich unseren Art. 2 als Beispiel für § 210. Immerhin bedarf der im § 210 BGB. gebrauchte Ausdruck „Vorentscheidung" einer Besprechung. Wie bereits nachgewiesen, liegt keine eigentliche Entscheidung vor, sondern nur ein Sichentscheiden der Verwaltungsbehörde auf Grund einer Prüfung des Begründetseins des Anspruchs, angeregt durch die im Verwaltungsweg erhobene Beschwerde. Daß aber im § 210 BGB. der Ausdruck „Vorentscheidung" nicht eng zu fassen ist, vielmehr alle Fälle umfassen soll, in denen sich eine Behörde vor Betretung des Rechtswegs zu äußern hat, ergibt sich aus den Motiven. Da heißt es: „Die Bestimmung trägt den Fällen Rechnung, in denen der Berechtigte an der Geltendmachung seines Anspruchs vor den Gerichten dadurch gehindert ist, daß

[1]) Vgl. Urteile des Oberst. Gerichtshofs vom 13. Nov. 1875; 23. Dez. 1875; ferner Blätter f. Rechtsanw. Bd. 41 (a. F.) (1876) S. 44; Bl. f. admin. Praxis Bd. 26 S. 125, Bd. 27 S. 70.

[2]) Habel Art. 2 Note 8; Böhm Art. 2 Note 7.

eine gesetzliche Vorschrift die Beschreitung des Rechtswegs von der Genehmigung oder sonstigen Vorentscheidung einer Behörde abhängig macht." Der Ausdruck des Gesetzes „Vorentscheidung" umfaßt also auch eine Genehmigung, die sicher keine Entscheidung über das Begründetsein eines Anspruchs ist. Daraus folgt, daß der Ausdruck „Vorentscheidung" im weiteren Sinne gebraucht sein soll und mithin auch eine Entschließung umfaßt.

Die Unterbrechung der Verjährung dauert bis zur Erledigung des Gesuchs. Das folgt aus § 211 Abs. I BGB., da ja die Regeln der Unterbrechung durch Klagerhebung auf § 210 Anwendung finden. Bleibt das Gesuch unerledigt, so dauert die Unterbrechung sechs Wochen. Denn nach sechs Wochen ist Erledigung im abschlägigen Sinne anzunehmen.[1]) Die Motive zu § 210 bemerken, daß eine Berücksichtigung des Falles, daß das zur Erledigung eines Gesuches eingeleitete Verfahren unbetrieben liegen bleibt, nicht veranlaßt sei. Da die Motive Art. 2 erwähnen, dessen Wortlaut ja auf die Möglichkeit der Nichterledigung hinweist, so müssen sie wohl dieselbe Auffassung gehabt haben.

Habel[2]), der einzige Kommentator des Bayer. AG. z. CPO. seit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches, nimmt ebenfalls Unterbrechung an. Obwohl er aber aus Art. 2 keine Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs herleitet, unterläßt er es doch sich mit dem Wortlaut des § 210: „Zulässigkeit des Rechtswegs" (begriffsnotwendiger Gegensatz: Unzulässigkeit des Rechtswegs) auseinander zu setzen. Dies wäre um so nötiger, als das Gesetz den Ausdruck „Zulässigkeit des Rechtswegs" leicht durch „Betretung des Rechtswegs" hätte ersetzen können.

Die Folgen der Nichtanwendung des § 210 BGB. auf Art. 2 wären allerdings unerträglich. Es müßte derjenige, der die Unterbrechung der Verjährung seines Anspruchs herbeiführen wollte, doch zur Klagestellung schreiten, obwohl er die Abweisung voraussehen kann. Diese Klagerhebung würde aber gemäß § 212 BGB. zunächst auch keine Unterbrechung bewirken, sondern erst rückwirkend nach Erhebung einer zweiten Klage gemäß § 212 Abs. II BGB. Dies führt zu der Frage, wie sich die Verjährungsunterbrechung gestaltet, wenn das Abhilfesuchen bei der Verwaltungsbehörde unterlassen und sofort geklagt wird. Die Klage müßte wegen zeitweiliger Unzulässigkeit des Rechtswegs als unzulässig durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil abgewiesen werden. In einem solchen Falle gilt aber die Unterbrechnung der Verjährung durch die Klagerhebung nicht als erfolgt. (§ 212 BGB.) Statt der in § 212 Abs. II BGB. vorgeschriebenen neuen Klage genügt hier Einreichung des Abhilfegesuchs binnen sechs Monaten (§ 210 mit 212 BGB.). Bei Abweisung des Gesuchs ist dann innerhalb weiterer drei Monate Klage zu erheben, wenn die Unterbrechung Bestand haben soll. (§ 210 BGB.) Bleibt das Gesuch unerledigt, so kann die Erhebung der zweiten Klage möglicherweise erst nach mehr als zehn Monaten seit der Erhebung der ersten Klage erfolgen, ohne daß die in § 212 Abs. II BGB. angekündigte Wirkung verloren geht.

Falls ein Anspruch gegen den Fiskus ohne vorangegangene rechtskränkende Verfügung einer Verwaltungsbehörde verfolgt werden soll, also zunächst freiwillige Befriedigung verlangt werden muß, wird natürlich durch Einreichen des Gesuchs bei der dafür zuständigen Behörde die Verjährung nicht unterbrochen, sondern erst durch das auf die Verweigerung der Behörde ergangene Abhilfegesuch. Denn die Verfügung der zuerst angegangenen Behörde kann unmöglich als Vorentscheidung, von der die Zulässigkeit des Rechtswegs abhängt, gedeutet werden.

[1]) Vgl. Ges. v. 22. Juli 1819 § 9.
[2]) Art. 2 Anm. 7.

§ 12. Bedeutung einer einheitlichen Auslegung für die Praxis.

Ohne Zweifel bedeutet die Vorschrift des Art. 2 eine Privilegierung des Fiskus, da vor die einem Privaten gegenüber jederzeit mögliche gerichtliche Anspruchsverfolgung ein Betreten des Administrativwegs eingeschoben wird, das möglicherweise eine unangenehme Verzögerung bedeutet. Von diesem Gesichtspunkte aus wäre vielleicht die gänzliche Abschaffung der Vorschrift am besten gewesen, zumal auch die anderen deutschen Staaten, Elsaß Lothringen ausgenommen, ohne eine ähnliche Vorschrift auskommen. Das Abhilfesuchen bei der höhern Verwaltungsstelle wäre ja niemand verwehrt und das Nachsuchen der freiwilligen Befriedigung bei der zuständigen Verwaltungsbehörde würde an sich nur selten unterlassen werden.

Nachdem aber die Vorschrift beibehalten wurde, darf bei ihrer Auslegung einer mehr gefühlsmäßigen Beurteilung nicht Raum gegeben werden, solange zur Feststellung des Inhalts und zur systematischen Eingliederung der Vorschrift die gesetzliche Basis ausreicht. Von diesem Grundsatze ausgehend, ergaben sich als Hauptresultate der Untersuchung: grundsätzlich ausnahmslose Anwendung des Art. 2 auf alle gerichtlich verfolgbaren Ansprüche gegen den Staat; die Notwendigkeit, daß in allen Fällen zwei Verwaltungsbehörden sich geäußert haben; die Erkenntnis des Charakters der Vorschrift als Rechtswegvorschrift, deren Nichtbeachtung den Mangel einer Prozeßvoraussetzung bedeutet; die Anwendung des Art. 2 auf Widerklage, Feststellungsklage und Feststellungszwischenklage, die Nichtanwendbarkeit bei Beweissicherung, Aufrechnung, Vollstreckungsgegenklage, Widerspruchsklage; endlich die Unterbrechung der Klagverjährung durch Einreichung des Abhilfegesuches. Diese Ergebnisse ermöglichen für die Praxis eine klare und zweifelsfreie Anwendung des Art. 2.

Im Laufe der Untersuchung wurde manches Streiflicht auf die gegenwärtige unsichere und widerspruchsvolle Behandlung der Vorschrift in der Praxis geworfen, die der ratio legis entgegen die Prozesse gegen den Fiskus durchaus nicht auf das geringste Maß zu beschränken geeignet ist. Eine einheitliche Praxis wäre aber auch deswegen sehr vonnöten, damit die beteiligten Privatparteien die Tragweite ihres Verfahrens im voraus überblicken könnten und nicht wie bisher, durch die Unsicherheit der Praxis bestimmt, vielfach die Befolgung der Vorschrift unterlassen würden. Besonders wichtig wäre, daß trotz der oft zitierten Entscheidung des oberst. LG. aus Art. 2 konstant eine prozeßhindernde Einrede hergeleitet würde. Damit wäre der entscheidende Schritt zu einer einheitlichen Praxis getan, die bei der jetzigen Unklarheit über die Auffassung des Art. 2 (materiell-rechtliche Voraussetzung oder Verfahrensvorschrift?), die auch durch jene Entscheidung nicht behoben wurde, unmöglich erreicht werden kann. Die notwendige Folge wäre auch eine einheitliche Auffassung bezüglich der Anwendung des Art. 2 auf andere Arten der prozessualen Geltendmachung als Leistungsklage. Ebenso konstant müßte in Fällen, wo ohne vorausgegangene rechtskränkende Verfügung einer Verwaltungsbehörde ein Anspruch gegen den Fiskus verfolgt werden soll, das Angehen zweier Verwaltungsbehörden verlangt werden.

Die hier durchgeführte Auslegung des Art. 2 mag vielfach schroffere Konsequenzen mit sich bringen, als die bisherige Praxis zu ziehen gewillt war. Sie schienen aber unvermeidlich als Ergebnis einer logischen und systematischen Untersuchung. Eine einheitliche, wenn auch etwas schroffere Praxis, wäre ein größerer Segen als eine nachgiebige Unsicherheit.